

紹介

スイス改正予備草案と離婚の効果など

松倉耕作

- 一 はしがき
- 二 離婚原因法
- 三 裁判別居
- 四 離婚の効果
- 五 離婚の手続
- 六 参考条文

一 はしがき

1 本稿の対象

本稿は、一九九二年に公表された離婚法等を改正する予備草案の概要紹介を目的とする。

(1) 予備草案の構成と紹介の対象 第一に、紹介の対象とする予備草案は通称を「専門委員会案」といい、正式の名称をドイツ語版では『Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Eheschliessung und Scheidung, Personenstand, Verwandtenunterstützungspflicht, Vormundschaft, Heimstätten und Ehevermittlung)』(九二年)と称する。草案内容を解説する部分は、ドイツ語版では一一六頁、フランス語版では一二〇頁ある(以下、本稿で引用する頁数は、ドイツ語版による)。右の解説のほかに、改正を提言する「条文」部分は、ドイツ語版では二七頁、フランス語版では三〇頁添えられている。

第二に、この種の立法資料は、連邦司法警察省が編集・出版することあつて、通常の文献集(ZSR誌別冊のそれが最も有名)にも載らない資料である。スイスという本格的な研究者の乏しい法域であるとの理由だけでなく、少しはスイス法に馴染みのある日本の研究者でも、たやすく入手できる資料ではない。入手が困難な資料であるが、筆者の経験では、専門委員会案がその後の改正の枠組みを決定するのが通例であるので、立法資料としての資料的価値は、第一級のものといえる。

第三に、紹介の対象を限定する。右の専門委員会案の外観上の構成は、第三節「婚姻の締結」が四つの款、すなわち「第一款 離婚の要件」、「第二款 別居」、「第三款 離婚の効果」、「第四款 離婚の手続」から成る。本稿は、右のうち第四節第二款以降とくに第三款の「離婚の効果」を中心に、草案の概要を紹介するものである。

ちなみに、右のうち第四節第一款「離婚の要件」の部分は、すでに民商法雑誌(松倉・後掲2(1)①の文献を参照)で紹介済である。同稿では、専門委員会案の条文と離婚原因法を中心として、草案の内容を素描している。本稿と合わせてお読みいただきたい。

(2) 改正までの道程 離婚法の全面改正に関する公式の草案としては、専門委員会案が実質的には最初の改正草案である。

しかし厳密にいえば、専門委員会案に先立ち一九六五年には、「家族法改正のための研究委員会案」と称する公式の改正

草案が存在する。右の委員会の使命は、全面改正の提案することにあつたのではなく、改正の急がれる領域に限定して、必要な最小限度の改正提案を、連邦司法・警察省に諮問することにあつた。筆者は右草案のドイツ語版とフランス語版の双方ともに原典を私有している。正式の名称をドイツ語版で示せば、『Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (II. Teil: Ehescheidung, eheliches Kindesverhältnis, Vormundschaft und Betreuung) erstattet Eidg. Justiz- und Polizeidepartement am 28. Juli 1965』との名称が付されている。右報告書は五七頁から成り、離婚法の提案はドイツ語版では二二二頁でみることが出来る。改正提案の柱は四点からなる。すなわち、①離婚原因、②別居、③離婚の付随的效果、④手続問題、がその内容である。

右の提案ののち、これに関する「意見要約集」というべき資料が公表されている。その名称は、『Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Bericht und Vorentwurf der Studienkommission Grosse vom 13. Juni 1962 und 28. Juli 1965 über die Revision des Familienrechts. D: Scheidung, Trennung, Nebenfolge (Art. 137-158 ZGB), 1971, 155S.』という(ただし、婚姻の効力に関するそれ(八八一―一五五頁)をも含む)。右の「研究委員会案」について、各カントンほかの各種団体などから提示された意見を、連邦司法・警察省の手により整理・要約されたものである。

右の二資料も、わが国の研究者が容易に入手できる資料ではない。ところが、スイスの文献を読んでいると、この種の資料に言及されることも少なくない。このような資料が存在することを明記しておく。

最後に、本稿の対象とする予備草案公表後の展開につき一言しておこう。予備草案に続いて、スイス連邦議会での審議の資料となる『報告』(Bericht)が作成される。これをもとに連邦議会で審議され、法律として成立するとの過程をたどるのを通常とする。筆者の予測するところ、来年九四年には右の『報告』が公表され、同年ないし九五年には法案が連邦議会を通過・成立し、九五年ないし九六年一月一日から新離婚法が施行されるものと思われる(従前の改正案との対比から、施行日を推定している。簡潔には、松倉「予備草案」後掲一五五頁参照)。

### (3) 民法典の段階的全面改正

スイス民法典は、一九〇七年制定(二年一月一日施行)後の部分的改正を別として、目

下、五段階に分けた全面改正の渦中にある。すなわち、①七二年養子法の全面改正、②七六年親子法の全面改正、③八四年の婚姻の一般効力の全面改正、④そして今回の離婚法の全面改正、⑤これに続く後見法の全面改正、がその全容である（改正法に関する邦語の紹介文献については、松倉「予備草案」後掲一五五頁以下に引用した拙稿を参照されたい）。

## 2 従来の研究

本稿に関連する若干の文献を示しておく。

(1) 邦語文献 離婚法に直接関わる文献を示すにとどめる。

① 松倉耕作「スイスにおける離婚法等改正のための予備草案」民商一〇七巻四＝五合併号二四八―二七三頁、一九九三年。本稿と同様に予備草案を対象とし、とくに離婚原因の部分を中心として紹介する。以下では、松倉「予備草案」と略記する。

② 松倉耕作「スイス新婚姻法の概要(1)・(2)完」判例タイムス六一九号八八―一〇六頁、六二八号一八〇―二〇六頁、一九八六・八七年。八八年一月一日施行の新婚姻法につき、施行前にその全貌を素描する。以下では、松倉「新婚姻法」と略記する。

③ その他 その他の文献については、松倉「予備草案」前掲一五五頁以下に示した一般的な文献を参照されたい。

(2) 欧文献 予備草案が公表されて日が浅いこともあり、文献は少ない。

① 予備草案に触れる文献は、つぎのものに限られる。Hegnauer, C., Zur Revision des materiellen Eheschliessungsrechts, ZZW 60 (1992/12) S. 382-388. 筆者はツューリヒ大学教授で家族法の第一人者。もともと、本資料では離婚法は全く扱われていない。Piolet, D., Divorce, régime matrimonial et prévoyance professionnelle, Bern, Verlag P. Lang, 1992, 150p. 筆者はロザンヌ大学教授である。

② その他の主要な法律雑誌である、ZSR, ZBJV, SJZ などの各誌を調べてみたが、本稿脱稿の九三年六月末時点では、

予備草案に触れる論文・記事はみられない。

- ③ その他に、欧文の概説書については、松倉「予備草案」前掲一五六―一五七頁所掲の文献を参照。

## 二 離婚原因法

離婚原因の部分は本稿の対象ではないが、離婚の効果・手続を理解する必要上、離婚原因法の概要、とくに現行法を中心に、その概要を示しておく。

### 1 現行法の概要

松倉「予備草案」前掲では、掲載誌の都合もあり、現行法の概要を示すことができなかった。現行法の離婚「原因」に限定して、ごく簡単にその概要を示しておく（本章のみ、条数は断りなきかぎり現行法の条項数を意味する）。

(1) 連邦法の成立 一九〇七年統一民法（二年施行）の成立する前には、州法に相当するカントン法が適用されていた。それらの大要と連邦民法とを比べると、①協議離婚の排除、②別居訴訟制度の新設、③従来カントンに任されていた離婚効果に関する規定の新設と手続規定の整備、などが特色である（連邦前の状況の概要は、vgl. z.B. Hegnauer, Eherecht § 8 II 1, 2; Egger, Zürcher Kommentar Vorb. zum Art. 137）。その後、八八年施行の婚姻法の改正に伴い若干の部分改正は実現されているが、いまだ包括的な改正は実現されていない（八八年婚姻法改正のさいに改正された離婚規定もある。これについては、松倉「新婚姻法」(1)「前掲九〇頁参照」。

(2) 離婚原因（総論） 離婚原因は、①不貞（一三七条）、②虐待など（一三八条）、③犯罪や不名誉な行状（一三九条）、④遺棄（一四〇条）、⑤精神病（一四一条）、⑥夫婦関係の破綻（一四二条）の六種ある（そのほかに、別居期間経過後の離婚もある）。各論事項は松倉「予備草案」前掲に譲り、以下では総論事項のみを取り上げる。なお本稿では、ドイツ法との比

較をしていない。この点は、スイスで法案が示された段階でも、この課題を果たしたいと考えている（さしあたりは、鈴木祿弥訳『ドイツ家族法』創文社、一九八六年、とくに一五六—一六八頁参照）。

(a) 破綻主義と有責性 婚姻関係の継続を期待できないほどの破綻は、一四二条の破綻離婚に特有の事柄ではない。一九九条でも、明示的に「夫婦共同体の継続を他方配偶者に期待することができない程の」との表現がみられる。その他の離婚原因では、同様の表現は明示されていないが、通例は破綻していることが離婚認容の要件である（Hegnauer, C., *Grundriss des Eherechts*. (zit. Eherecht) § 9.03; Tuor, P., *Das schweizer. Zivilgesetzbuch*. (zit. ZGB) § 21 II a. ♪その趣旨を明言する。ちなみに破綻主義については、*Berner Kommentar Einleitung N. 27 und Zitierte zum Art. 137*）。

民法がその基礎とする右の破綻主義も、いわゆる有責主義により離婚の認容が制限されていた。すなわち、精神病離婚以外の具体的離婚（一三七条—一四〇条のそれ）は、いずれも有責的な婚姻の過誤を離婚の根拠とする。これらの場面では被害配偶者のみが離婚の訴権を認められている。この意味で現行のスイス離婚法は、有責主義の色合いが残存しているといえる。有責主義による訴権の制限という法理は、破綻離婚（一四二条前掲）にあっても同様である。ここに、有責配偶者の離婚請求を制限するという、かの有名な法理の出現がみられる（ちなみに、有責性の存在は、その他の派生效果として、待婚期間の長さや離婚に伴う財産上の請求権の確定にも影響を及ぼす。これにつき、たとえば、内山慶之進「スイス法における離婚給付」新報六〇巻七号・八号、一九五三年参照）。

(b) 絶対的離婚原因と相対的離婚原因 本稿との関連から両者の違い等につき二点のみ付け加えておこう。

① 違いにつき、相対的離婚原因である破綻離婚（一四二条）のさいには、裁判官は、婚姻関係が現実に破綻しているかどうかの事実を審理すれば足りる。これに対する絶対的離婚原因（一三七条—一四〇条）のさいには、裁判官は、客観的な事実が離婚の要件を満たすかどうかを審査すればよく、破綻しているかの審査を要しない。

② 両者の関係では、まず具体的離婚原因の存否が審理され、それが存しない場合に破綻離婚が審理されるようである（通説・判例。BGE 85 II 225）。これとは異なり、たとえば不貞の事実が認められ、それと並んでその他の事実が独立して婚

姻の破綻を生ぜしめたのであれば、一三七条と一四二条とに基づいて離婚が宣告される（通説。vgl. zB, Berner Kommentar Eini. N. 55-59; Hegnauer, Eherecht 9.08）。

(3) 不 貞 具体的離婚原因の中で、今日において意義をもつのは不貞に限られる（Hegnauer, Eherecht 9.09 が明言するまでもなく、統計値にもそれが現れている）。それゆえ以下では、不貞についてのみ少し特色ある事項を述べるに留める。

(a) 他男（他女）との交渉 判断能力ある状況での自由意思による交渉をいうから、相手についての詐欺、強迫、錯誤による性交渉は、含まない。人工受精も同様である（性行為類似の行為は、不貞には含まれない。簡潔には、Deschenaux, H., Le mariage et le divorce, n° 509）。詐欺や錯誤はわが国では余り論じられていないが、結論において違いはないであろう（スイスも具体的裁判例はみあたらない）。

(b) 訴権の消滅 不貞の事実を知ってから六カ月を経過したとき、または不貞のときから五年を経過すれば、離婚請求は時効にかかる（講学上、前者を相対期間、後者を絶対期間と呼ぶ。一三七条二項）。同様に、事前に不貞に同意し、または事後に不貞を宥恕した場合も、当然のこととして訴権が消滅する（同三項。簡潔には、voir Deschenaux, mariage 512-517）。

(c) 絶対的離婚原因 被害配偶者が離婚を申し立てれば、離婚が宣告される。不貞により、破綻しているかどうかは問題ではなかった（かつての通説判例、BGE 95 II 95）。ところが近時は、反証の余地が認められる。これは、絶対的離婚原因の相対化といえる。すなわち、七二年の連邦判決によれば、不貞があるにもかかわらず、現実にはまだ治癒しがたい破綻を生ぜしめていない旨を被告が証明すれば、訴えは棄却されるべきであり、これに反してその証明に失敗した場合において、原告の優越する過誤により破綻に導いたときでも、訴えを認める裁判例が増加する傾向にある（BGE 98 II 161, 108 II 25）。

なお、条文では「時効」（Verjährung, se prescrit）との表現を用いているが、停止も中断もない権利失効期間（＝わが法の除斥期間と同義と思われる）である（Tuor, ZGB § 21 II a. や BGE 84 II 595 がこれを明言する）。

(4) 破綻離婚 婚姻関係の継続を期待することができない程の深刻な破綻が生じたときは、各配偶者が離婚を請求することができる。しかし、有責配偶者からの離婚の訴えは許されない（一四二条一項・二項）。離婚の九〇％以上が破綻離婚

であり、その比率はますます増加する傾向にある。ここでは、破綻の原因がなんであるかは問題ではなく、客観的に離婚原因である「治癒しがたい破綻」が生じているかどうかの確定が重要である。そのうちに、この状況で婚姻の継続が期待できるか、を評価するわけである。

(a) 破綻 破綻の概念につき、文献によれば、夫婦の相互の結びつきが破壊されている夫婦の意向や意思などの心理的共同(性)が破壊されている、無視・嫌悪・疎遠などの感情がそれに代わって生じて、生活共同体としての婚姻の意味を喪失している、などの説明がなされている。深刻な破綻の存否は、裁判官の裁量(四条)に委ねられる。そのさいにも、裁判官は確立した学説・判例に従うことを要する(一条三項参照)のはいうまでもない(これについて詳しくは、z.B. Berner Kommentar Art. 4 N. 46 ff., 142 N. 11; Hidering, Ehescheidung, Zusatzband S. 1 ff.; Berner Kommentar Art. 142 N. 4 ff. などの文献にゆずる。なお、石田穰「スイス民法一条の法源イデオロギ―」法協八九巻二一六号、一九七二年〔のち『民法学の基礎』一九四頁へ一九七六年へに収録〕をも参照)。

(b) 継続の期待可能性 夫婦間での理解を妨げるような困難が夫婦間で生じただけでは、期待可能性がないとはみられない。むしろ夫婦は、婚姻生活の維持のために、この困難を克服・努力する義務がある(BGE 98 II 337)。期待不可能性は、夫婦の負担となる状態の変更が原告の意思力ではないかともしがたく、これを忍耐することは原告の人性を歪めてしまうようなとき初めて肯定される(BGE 98 II 338 前掲、Berner Kommentar Art. 142 N. 19 ff. 他(の留意点については) Hegnauer, Ehe-recht 9.48)。

第一に、破綻が過誤に基づくか否かは、訴権と離婚の財産的效果に影響する。過誤は、判断能力ある状況において、婚姻義務(二五九条以下)に自由意思で違反した場合をいう(BGE 79 II 341, BGE 80 II 1)。

第二に、婚姻破綻の原因が人の意思力を超えているときは、過誤とはみられず、客観的な破綻と解される。その例は、性関係の不和(たとえば一方の拒絶、変態行為)、重大な病氣、性格の不一致(相互の世界観の違い、克服しがたい嫌悪感を含む)、長期別居、アルコール中毒・麻薬中毒など、わが国でいわれていることと大差はないようである(その他の留意点について



44' Hegnauer, Eherecht 9.48; Deschenaux, mariage 560-562 参照。また、多くの裁判例について、簡潔には、voir Deschenaux, mariage 563-570)。

(c) 有責性 有責者は離婚の訴権がない。無責の、または過失のより少ない配偶者は、その意思に反して離婚が強制されることはない、との趣旨である。有責主義の色合いを残す本規定については、多くの文献がある(さしあたり、voir Deschenaux, mariage 573 に引用される諸文献を参照されたい)。

第一に、一四二条二項は、一方が破綻につき有責の原因を与えたこと(その後の有責的態度は問題ではない)、また、総合的に判断して、原告の有責性が他方のそれより、破綻への寄与度が少ないこと、を要件とする。

第二に、規定は無責配偶者の保護に役立つ。他面、無責配偶者も訴えに同意することにより、この規定の適用を放棄することができる(通説判例、BGE 84 II 335)。同意があったときは、裁判官は、治癒したいほどに破綻していることのみを審理すれば足り、いずれの有責性が勝っているかとの吟味は不要である。なお、カントンの裁判所で同意がなされたときは、連邦裁判所での上告手続においては、同意の撤回はできない(BGE 94 II 211)。

第三に、ここでも権利濫用法理(二条二項)の適用がある(通説判例)。たとえば、無責であるか、または有責性のより少ない配偶者の離婚を固辞する理由が、全く無意味と思え、かつ婚姻継続につき保護に値する利益がないと思われるときがこれにあたる。これについては、七〇年代後半から判例理論に変化がみられる。その端緒は七八年判決(BGE 104 II 152 f. 別居期間三二年以上)で、その後の判決はこの判例理論を踏襲している(もっとも、BGE 105 II 218, 108 II 25 前掲では、先例理論を踏襲しつつも、婚姻継続の利益を認める)。学説も、判例の変化を大筋において歓迎している(さしあたり、voir Deschenaux, mariage 579-584, Tuor, ZGB § 21 II a. も結論同旨)。なお古くは、林良平「スイス民法一四二条二項と権利濫用」『末川古稀記念論文集下』所収、三〇五—三二六頁(一九六二年)がある。しかし、同論文は有責配偶者の離婚請求と権利濫用との関係を論じており、本文という濫用とは、その意味が異なる)。

ついで、八二年判決(BGE 108 II 507 前掲)を示しておこう。

この判決は、法改正の遠因となった判決である。すなわち本判決では、破綻にもかかわらず、有責配偶者からの離婚請求を禁止する一四二条二項を根拠として、離婚を拒むことが権利濫用を構成するかが争われた事件である。判決はつぎの趣旨を明言する。訴えの提起された時点で夫婦がすでに一五年間（連邦裁判所の判決の時点では約一八年間）別居している場合においては、①離婚に対して異議申立権を主張する配偶者は、（原則として）婚姻継続意思を喪失しているものと扱い、②もはや婚姻生活を維持継続するにつき、なんら保護に値する利益を有しないと認定し、有責者からの離婚請求も認容することができる、と（ちなみに本件では、別居期間は一八年、夫婦間の子は三〇歳を超えており、妻の経済的状況は不詳、というより全く問題とされていない）。

第四に、近時、破綻を定型化する兆しがある。一九八一年判決によると、別居が一五年を超えるとときは、両者の婚姻意思は消滅しているとみる（BGE 108 II 507）。にもかかわらず離婚を望まない配偶者は、婚姻意思がまだ決定的には消滅していない、婚姻の継続についての保護に値する利益がまだ存在する旨の証明を要することになる。そのような利益は、たとえば、社会保険請求権である（BGE 109 II 363。一般的な文献として vgl. Reber, U., Scheidungsrecht und Sozialversicherung, SJZ 79 (1983) S. 89-100）。

(5) 合意離婚 (Einverständliche Scheidung od. Konventionalscheidung; divorce par consentement mutuel) 近時の下級審裁判例では、共同の離婚請求をしたとの事実を、治癒したい破綻の決定的徴候とみる。この離婚形態は、民法制定前にもみられた制度である（主にドイツ語圏カントンにみられたようである。voir Deschenaux, mariage 455）。破綻や期待可能性の存否の認定が裁判官にとり過剰な負担になっていることから、このような実務が生まれてきたと評価されている。真実の探究なく、当事者の言のみで離婚を認容することに批判ないし不安がないでもないが、スイス全土で約八〇％、ツューリヒに至っては九七％が合意離婚であるとの現実がある（合意離婚については、つぎの文献が最も勧められる、Dumusc, D., Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes, thèse Lausanne, 1980 321p.）。

## 2 予備草案

草案の概要紹介に入る前に、最初に二点のみ指摘しておきたい。

(1) 改正の必要性 現行離婚法も制定当初はとくに進んだものであり、国際的にもバイオニアともいえた。このことは草案自身も賞賛しており、各国の評価もそのとおりであったようである。とくに、①分けても精神病離婚などの破綻主義の導入したこと（一四二条一項）、②離婚の効果について、裁判官による法創造を広く認めたこと（これにつき、石田「スイス民法一条の法源イデオロギー」前掲、などがその例である。その後、実務も、社会の変動に対応して著しい自己発展を果たしてきたが、判例による法発展にも限度がある。予備草案起草者の認識によれば、離婚法と現実の離婚との間の乖離が広がり、スイス離婚法はヨーロッパでも最も古いものになり、「もはや法改正なしには、重要な切願に対応できない」状況にある（Bericht S.1 und N.3.2からの引用。なお、一―三頁までは「番号」ヌンマーが付されていない。フランス語版を参照される読者もいることを予測して、以下は番号で示す）。その一例として挙げるべきは、スイス法内部での変化として、有責配偶者からの離婚請求を制限するとの制約が排除された。苛酷条項を採用しないことと相まって、隣国ドイツ法以上に破綻主義を貫徹させていることが知れる。

(2) 改正提案の柱 比較法的にみれば、ドイツ、フランス、イギリスなど、主要諸国での改正経験をも検討したうえでの改正草案であることが注目される。合意離婚の採用はスイスにおける離婚の実体を反映した結果にすぎないとも評価できるが、たとえば苛酷条項の不採用に傾いた事情や破綻離婚の採用など、われわれの今後の議論に役立つところが多いであろう。われわれにとっては、先行して改正を実現している諸国と比較しながらみることが、とくに有益である。

ところで、現行法と比べて、草案自身が考える重要な改正提案の柱は、つぎのうとくである（Bericht S.1f.によろ）。改正の主要項目をここに列挙しておこう。①現行法の特別な離婚原因（民一三七条―一四一条）の放棄、②手続法上の補償を伴う、合意離婚の導入（草案一一五条―一二七条）、③長期別居離婚の導入（草案一一八条）、④離婚した配偶者に家族の住居

を割り当てるとの、離婚裁判官の可能性、⑤婚姻継続中、職業上の共済を取得した給付請求権の分割（草一二六条以下）、⑥苛酷条項と結びついた、離婚後の扶養給付の、有責性と関わりなき規制（草一二〇条）、⑦再婚後も扶養年金を継続する可能性の容認（草一二三五条②）、⑧扶養義務の執行の改善（草一二三六条—一二七条）、⑨離婚後の共同親権の導入（草二九八条）、⑩親権なき親の地位の改善（草二七五条a、二九八条a）、⑪離婚のおり確定される面接交渉権についての管轄権の、裁判官から後見官庁への一部移転（草一二三九条③、二七五条）、⑫民法における重要な手続原則の規制（草一二四〇条以下）、⑬特別な仲介所を作るべきカントンの義務（草二五一一条）、⑭別居指令後、離婚訴訟請求権や子の措置（草二二一条③、民法一四七条）、⑮別居の効果の明示的な命令（案一二二条、など）。

(3) 離婚原因 詳細は拙稿「予備草案」前掲に譲り、筆者の命名により、離婚の種類のみを示せば、①合意離婚、②長期別居離婚、③破綻離婚、④同意離婚、の四種である。協議離婚の要素をいれた合意離婚の制度としての認知（これは実務の追認といえる）、一方向的離婚である②・③離婚の導入（ここでは、離婚の可否の判断にさいして、過失と破綻責任の探索はなされない）など、現行法と比べると、重大な変更が予定されていることが知れる。

### 三 裁判別居

以下では、各論問題、すなわち別居、離婚の効果、離婚の手続、などの具体的な事柄を扱う。専門委員会案の内容を説明する都合上、最小限必要な限りで、現行規則にも触れることとする。

#### 1 裁判別居制度の存続

わが国にはない制度であるが、他のヨーロッパ諸国におけると同様に、スイスでも裁判別居の制度が統一民法典の制定当初（一九〇七年制定、一九一二年施行）から存在する。つぎの理由からも、その内容につき理解を必要とするので簡略に素描

しておく。

① スイス離婚法を理解するについても必要な制度である。ここで取り上げるのは、裁判所の別居（命令）に基づいて行う別居、すなわち裁判別居のみである。その数は、さほど多くはない（後述「五12」に示す統計数値を参照）。しかし、その背後には、事実上の別居が隠れていることを忘れてはならない。これら双方の別居が、いわば潜在的な離婚を意味している。

② 新法のもとでは、別居を前提とした破綻離婚などの離婚形態が予定されている。それゆえ、かつての別居とはその意義が異なり、離婚に直結する別居との性格が登場することになるから、その重要性が高まった、といえる。

(1) 別居の意義 スイス法のもとでも、裁判別居と事実上の別居とが存在することは、他国と同様である（ちなみに、ドイツ法のもとでの別居の意義につき、鈴木訳『ドイツ家族法』前掲一六八頁以下参照）。

(2) 共同世帯の廃止（＝事実上の別居） 離婚と比べると、一九九〇年において離婚申立のうち、一万三一八三件のうち四六四件が別居（*Betreuung*）である（別居数との対比につき、後述の表を参照）。この数値は、かつてに比べても別居の意味は小さくなっている。他方、ここで問題とする共同世帯の廃止（民一七五条）は、現実には別居と同様の効果をもつ（たとえば嫡出否認訴訟という別居では、裁判上の別居だけではなく、事実上の別居も含まれる）。二つの本質的な違いはつぎの点にある。

① 裁判上の別居の場合には、夫婦財産制の面でいえば、法律による別産を生ぜしめるが、事実上の別居にあつては別産は任意的である。つまり、八四年法による一五五条（離婚法の規定）「別居と同時に、法律により（当然に）別産が開始する」。これに対して、婚姻の一般的効力に関する一七六条上記では、「別居の規則」との見出しのもとで、共同世帯を廃止するにつき正当な事由が存在するときに、裁判官が夫婦の一方の請求に基づいて、事情によっては別産制の命令との処分を講ずることができるにすぎない（簡略には、松倉「新婚姻法(2)」前掲一八九—一九〇頁）。

② 裁判上の別居の場合、子の将来の問題は、離婚法の諸原則に従って規律される（結論において、ドイツ法とほぼ同じと

みてよいであろう。ドイツにつき、鈴木訳『ドイツ家族法』前掲一七一―一七二頁参照。なお、別居との制度は完全に廃止される考えもある（国際私法六一条三項がこの意味で一層関係する）。

(3) 別居制度を存続させる理由 予備草案は、別居の制度の存続を提案する。その主な根拠はつぎの二点に求められる。

① とくに、宗教上の確信または回復の余地機能、つまり、場合により和解する可能性もある。ならば、離婚よりは別居の方が好ましい、との配慮から。② 配偶者の地位と結びついた相続権や社会保険上の請求権を失いたくないとの夫（妻）の立場を考慮するゆえ（現行法下でも、同様の理由が述べられる。vgl. Hegnauer, Eherecht § 10 I）。

## 2 別居の要件と手続

(1) 離婚規定の準用 草案一二一条一項と二項とは、別居の手続と要件とに関して、離婚規定の適用を指示している

（民一四三条―一四六条）。すなわち、――

① 総論的にいえば、別居は共同してまたは別個にこれを請求することができ、別居判決は離婚の場合と同じ要件と手続のもとで宣告される。言い換えれば、別居に特有の原因は存在しない。

② 管轄については、原告配偶者の住所地を管轄する裁判官が管轄権を有する（民一四四条）。

③ 事前の処分については、別居訴訟の提起とともに訴訟の継続中は共同世帯を解消することができ、場合により必要な事前の処分を命じることができる（八四年法による民一四五条）。

④ 別居宣告については、離婚原因が証明されると、別居の宣告が可能である、別居のみが請求されたときは離婚の宣告をすることはできない、離婚が請求されている場合には夫婦和合の見込みのあるときに限り別居の宣告が可能である（民一四六条二項・三項）。見込みにつき、判例（BGH 88 II 137）によれば、漠然としたそれでは足りず、具体的な事実裏付けされた見込みを必要とする。

⑤ 現行法下での訴えの変更の可否は、新法下でも判例理論に従うものと思われる。すなわち、離婚訴訟から別居訴訟へ

の訴えの変更は、控訴審でも可能である。逆の訴え変更が許されるか否かは、カントンの訴訟しだいである。もつとも、いづれの変更も、連邦裁判所での訴え変更はできないようである (vgl. Hegnauer, Eherecht § 10 II 4)。

⑥ 一方が離婚訴訟を提起し、他方が別居を求めた場合において、両方の訴えともに理由があるときは、離婚判決を言い渡すのが判例の見解である (vgl. Hegnauer, Eherecht § 10 II 5)。

(2) 三 項 (離婚と異なる規定) 規定の意味するところは、別居判決があつても、後の離婚が簡単になるわけでも、また難しくなるわけでもない、ということである。言い換えれば、別居のさいにすでに存在した離婚原因を、そのまま後の離婚訴訟において主張することが可能である。別居制度を存続することにより、離婚が困難となることを避けようとする配慮であることは明らかである。

(3) 五年の計算例 草案一一八条によれば、別居五年で一方的な離婚請求が可能である。この五年の期間は、別居により新たになることはない。夫婦が別居判決の時点ですでに四年間別居していたときは、一年のちには、右一一八条に基づく離婚訴訟の提起が可能とされる (立法者が明言するところである。vgl. Begleitbericht 3. 4. 2. 1)。一方的離婚である長期別居離婚や破綻離婚が認められたことから、このような規定が必要となったのである。

### 3 別居の効果

(1) 一 項 (別産制) 草案一二二条一項によれば、別居と同時に、法律により別産制が生じる。この規定は前述・民法一五五条に相応する (同条につき、松倉「新婚姻法」(2)「前掲一九七—一九八頁参照」)。一五五条は、一般の原則 (同原則によれば、別居中でも夫婦の絆はまだ存続しているので、婚姻の一般的効力についての規定 (民一五九条以下、とくに家族の扶養義務に関する一六三条) が別居する夫婦に適用される) とは離反している。別居夫婦には、夫婦間の結びつきを前提とする法定財産制である剰余参与制を適用しないとの趣旨である。

ちなみにドイツ法では、世帯道具や婚姻住居の問題が別居の各論的問題として規定が用意されている (内容の素描につき、

鈴木訳『ドイツ家族法』前掲一七三—一七四頁、二二〇頁参照)。スイスの予備草案には、相当する規定を見出しえない。財産制の問題として処理されるのかと思われる。

(2) 二 項 二項は夫婦共同体の保護についての規定を指示している。ゆえに、現行法と同様に、裁判官が別居判決を宣告したときでも、その変更につき管轄権を有する(草案二二一条二項は、一四〇条を指示している)。

(a) 別居夫婦に適用される規定 裁判官による別居は、夫婦を事実上の別居のときよりも悪くしてはならないとの視点からとくに左記の規定の適用がある。

① 婚姻の存続 まだ婚姻関係が存続するから、補佐義務(民一五九条三項)、夫の扶養義務(民一六〇条二項)などの規定は別居夫婦にも適用がある(vgl. Hegnauer, Eherecht § 10 III 1. 別居にさいして裁判官による措置が必要になる。これにつき'der, § 10 III 1 参照)。

ちなみにドイツでは、別居後の夫婦の経済状態などから稼働を期待しうる場合には、稼働すべき旨の命令がなされる場合もあるようである。もともとドイツでは、別居後の扶養と離婚後のそれとの違いが強調されている(鈴木訳『ドイツ家族法』前掲一七二—一七三頁参照)。

② 民一七七条(債務者配偶者への指示) とくに夫が家族に対する扶養義務を履行しないときは、裁判官は、夫に対して、その債務の全部または一部を、妻に支払うように命令することができる。

③ 民一七八条(処分権の制限) 家族の経済的基礎を保全する必要があるなどの事情があれば、裁判官は、夫婦の一方の請求に基づいて、特定物件の処分をなすには、当該配偶者の同意を要する旨の処分をなすことができる。

④ 民一二二条(和解など) 夫婦共同体の重要な要務について、夫婦の意見が一致しない等の事情があるときは、夫婦の一方または双方の請求に基づいて、裁判官が仲裁をすることができる。その他、義務違反をしている配偶者に対する義務履行の勧告などの処分も可能である。

(b) 不適用 これに対して、左記の規定は別居夫婦には適用されない。これら規定は、共同生活の存在を前提として



いるからである。

① 共同生活義務が消滅する。その帰結として、通例の夫婦であれば、夫婦の一方の請求に基づいて、裁判官は家族の扶養についての分担金額を確定することになるが（民一七三条の金錢給付）、別居夫婦にはこの規定の適用はない。また、妻は独自の住所を定めることもできる（民二五条）。

② 代表権限の消滅 夫婦共同体を代表するにさいして、その権限を踰越したときなどの場合には、裁判官が一方の代表権限の一部または全部を剝奪することができる（民一七四条）。これも適用の余地がなくなる。

③ 子については、民法二五六条b、二六四条b二項、二九七条二項などを参照。

(3) 不定期間の別居 現行一四七条一項によれば、別居は一年、二年、三年の確定期間または不定期間の別居が宣告される（ちなみに、不定期間の別居が宣告された場合において、三年経過すれば、別居の廃止または離婚訴訟の提起が認められるようである。vgl. Hegnauer, Eherecht § 10 IV. そのほかに、別居後も婚姻生活の回復がなされず、離婚に向かった場合の扱いにつき、der, § 10 V 参照）。

現行規定と異なり、草案一二二条三項は規定する、別居は「つねに」期間を特定しない別居、すなわち不定期間の別居が宣告される、と。共同生活の再開により、または共同の離婚請求の提起、または離婚訴訟の提起により、別居を強制的に終らせることは、裁判所の主導ではなく、夫婦自身が決める事柄である（一方が死亡したときは別だが）、との考慮が規定の背後にあるわけである。草案は、別居に夫婦関係の「治療」の役割のみを期待し、わけても夫婦の自由を尊重しているのので、夫婦自身がどれくらいの期間別居が続くべきかにつき判断することが論理的である、との立場に立ち、確定期間の別居にこだわらない構成を採用した。

## 四 離婚の効果

### 1 離婚した配偶者の氏と市民権

(1) 現行法 草案一二三条の規定は、つぎの現行法に相当する。すなわち——

① 規定によれば、離婚した妻は婚姻によって得た市民権を取得し、復氏する旨の特別の意思表示をしないかぎり、婚姻のさいに取得した氏を維持する（ちなみに、彼女が養育する子は、父の氏を称する。vgl. BGE 100 II 289）。

② 離婚後の氏につき補足すれば、死亡解消の場合の処理に近づく方向で改正した。すなわち、妻は特別の手続をとらないかぎり、婚姻によって得ていた氏を称する。例外的に氏を変更した配偶者（通例は妻）が、離婚判決が確定したのち六カ月以内に、身分登録官に対して生来の氏（または婚前氏）を称したい旨の意思表示をしたときに限り、その氏を称することになる。

(2) 草案 氏についても、市民権についても、現行法を変更するものではない。

① 市民権の扱いは、九〇年三月二三日付け市民権法改正法（九二年一月一日施行）に基づく一四九条一項と同趣旨である。

② 氏の扱いは、八四年婚姻法に基づく一四九条二項と同趣旨である。結論面のみみれば、婚氏統称との特別の意思表示を要するわが法とは逆であり、構造においてドイツ法（民一三五条四項）に近いことが知れる。

### 2 夫婦財産制と相続権

(1) 夫婦財産制 草案一二四条の規定も、内容的には現行一五四条に相当する。

① 民法一五四条によれば、離婚の場合の夫婦財産法上の清算は、夫婦財産法についての特別規定を準用し、離婚した夫

婦は、相互に法定相続権を有せず、夫婦の離婚前に作成された死因処分に基づくいかなる請求権をも有しない。この規定の結果、清算面では、たとえば所得参与制に服する夫婦であれば、その清算規定に従って、「夫婦財産法上の清算」がなされることになる（松倉「新婚姻法(2)」前掲一九七―一九八頁参照）。相続を契機に、夫婦財産法上の清算と相続の清算とをドンブリで行うわが国とは、この点で、大きな違いがある。

② 草案のもとでも、夫婦財産法上の清算は、夫婦財産法上の定めに従って行う（草一項）。ゆえに、離婚のさいの夫婦財産法上の清算のためには、現行二〇四条以下（法定財産制）、現行二三六条以下（契約別産制）が基準となる。

(2) 相続権 相続権についていえば、離婚した夫婦は相互に法定相続権を有しないことは当然としても、離婚前に作成された死因処分からも、いかなる請求権も生じない（草二項参照）。この点は、たとえば、わが判例で関係する「養子縁組の解消と遺言の効力」の問題を解決するのに参考となる立法である（最判五六年一月一三日民集三五・八・一二五一。本件の判例批評として、松倉耕作「協議離婚と遺言撤回の擬制」判批・判例タイムズ五〇五号一四三頁参照）。死亡保険の受益者（受取人）についても同様である（vgl. Hegnauer, Eheerbt § 11 I 5 B. なお、社会保険の扱いについては、vgl. Hegnauer, Eheerbt § 11 I 5 C）。

### 3 家族の住居

(1) 基本認識 連邦内務省の主導で公表された「スイスにおける家族政策」(Familienpolitik in der Schweiz, 1982, S. 6 ff.)によっても明らかのように、住居は家族にとり大きな社会的意義をもつことが明らかである。つまり、離婚後も妻（ないし夫）や子供にとつて、従前の住居にとどまることができるということには、大きな意味がある。スイスも住居事情が十分とはいえないため、とくに妻にとり、旧住居の近くに、経済的に耐えられる適当な住居を見出すことは、たやすいことではない。とすれば、これについてのケアが必要である、との認識にたつ（一般的な文献として、Grossen, J. M., La protection du logement de la famille. In: *Mélanges Henri Deschenaux*, 1977, S. 99-111）。

(2) 現行規定 多くの外国法制では、離婚裁判官をして、所有ないし賃貸名義人たる配偶者のもつ住居についての権利を、他方配偶者に委ねることが出来る権限を認めている (vgl. dazu U. Gloor, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischen Recht. Diss. Zurich. (ZSP 55) 1987, S. 88 ff.)。

ところが現行法では、この種の規定を欠いている。すでに夫婦財産法レベルでは、夫婦が共有する住居などにつき、住居につき優越的利益を証明した配偶者に、単独所有権を割り当てる途が開かれている (民二〇五条・二四五条)。これを少し補足しておこう。

① 条文 ある財産が夫婦の共有に属している場合において、夫婦の一方がこれについての優越的利益を証明したときは、当該配偶者は、その他の法定の措置のほかに、他方配偶者への補償金の支払を引当として、当該共有財産を一括して引き渡すべく請求することが出来る (民二〇五条二項。契約財産制の一つである財産共通制での二四五条も同旨)。

② 補足 旧法下でも理論上は可能とされた引渡請求権を制度化したものである。もつともスイスでは、ドイツ法 (民一三八三条) と異なり、再建配偶者が自己の再建と相殺して、特定財産の引渡を請求することまでは認められていない。また、農業経営の独立経営者への引渡にさいして、居住可能性に制約があるため、生存配偶者にその住居を引き渡すことを認めることができないという事情があるので、その場合には引渡が認められないことがある。

他方で、相続法上も同様の規定がみられる。しかし、夫婦財産の清算にさいする制度と相続法上のそれとでは、たとえば、主張の時期、強行法規性 (夫婦財産法上の右の規定は、遺言等によつても排除することができない)、などの違いがある。

### (3) 予備草案の提案 離婚法においても同様の住居の割当が認められる。

(a) 賃貸住居の場合 草案一二五条一項によれば、裁判官は、夫婦の一方に、賃貸借契約に基づく権利を、一定の要件 (子のためまたは重大な事由から、たとえば権衡上のもしくは職業上の理由があれば) のもとで、他方に委ねることができるとも、たとえば、一方配偶者が職業を行ううえでその住居を必要とするため、他方への割当を期待することができないときは、右の請求権は認められないものとされる。いずれにしても、両者の置かれる状況の比較がなされることになる。ま

た、質貸借契約が当事者のいずれの名で、または双方の名でなされているかは、ここでは問題ではない。

では、相手方たる質貸人の利益保護はどうするか。従前の質貸配偶者が質料債務につきある時点、質貸借契約が、法律により、または夫婦の合意による、終了する特定の時点まで、連帯責任を負うとの方法で、質貸人の保護が図られている。その最大期間は二年である（明文あり）。この規定は、使用質貸借に関する債務法二六三条四項を模倣したものである。

他方で解除制限がある。つまり、離婚後、有限の期間とはいえ連帯責任があるため、従前の質貸配偶者は、質貸借契約の解除につき他方配偶者の同意を要求する民法一六九条に関して、その配偶者の同意なくしては、従来の家族同居を原則として解除できない。かつ、それゆえ、契約法によれば、通例は離婚後も質料につき責任を負う。質貸配偶者が質料を請求された場合において、扶養のために無条件でそれが要でないかぎり、扶養支配との相殺が認められるわけである（相殺に関する債務法一二〇条以下参照）。

他方で、草案一二五条の意味での「家族の同居」のもとでは、従前の家族の生活の中心となっていた同居（民一六九条）のみを意味し、いわゆるセカンドハウス（Zweitwohnung）は、本条の問題とはならない。

(b) 一方配偶者の所有家屋の場合 この場合には、他方配偶者への所有権の移転は不可能であるが、一項と同様の要件があるときは、離婚後も居住を継続することは認められうる。ゆえに、他方配偶者は、民七七六条以下による期限つき居住権を求めることができることになる（草二項参照）。他方配偶者は、経過期間のみ、従前の同居にとどまることができるにすぎない。ゆえに、合意したまたは裁判官により定められた期間の経過したあとは、新たな同居を探さなければならない。居住権は登記することも可能である。しかし、質料は無償ではなく、相当な保証すなわち使用料を支払わねばならない。この保証は、居住権との負担を負う配偶者に対する債権との相殺も可能である。また、居住権は、居住権を負担する所有権配偶者の離婚後の扶養料の一部を形成することも可能である（草一三〇条・一三一条）。

最後に、所有配偶者は、新たに重大な事実が生じた場合には、居住権の制限または廃止を請求することが許される。

(c) ドイツ法 先行するドイツ法にも同様の規定がみられる。ドイツ法の方が裁判所の指導力が強いようにみえる

(簡潔には、鈴木訳『ドイツ家族法』前掲二〇八―二一〇頁参照)。

#### 4 職業上の配慮

(1) 草案の概要 職業上の共済に関する一二六条―一二八条の規定は、いずれも新設規定である。保障事件の発生前と発生後とで扱いが異なる。

① 保障事件の発生前 この場合には、各配偶者は、規定に基づき、婚姻継続中に共済に属する他方配偶者に発生すべき給付金の半分を請求する権利を有する(草一二六条一項)。もっとも、夫婦の一方が自己の老齢・疾病保険の共済が他の方法で補償されているときは、離婚効果の合意において、右の請求の全部または一部を放棄することができる(草一二七条一項参照)。ただし、夫婦間でなされた分割の合意が明らかに不当であるときは、裁判官は、分割の全部または一部を排除することができる(同二項)。つまり、財産問題であるゆえまずは当事者の協議に委ね、協議(＝合意)の内容が不当な場合にのみ、裁判所が関与するとの構造になっている。

② 保障事件の発生後 この場合には、脱退給付金の分割に代えて、相当な補償が付与されなければならない(草一二八条二項)。裁判官が判決で補償義務を負わせることも可能である(同二項参照)。

(2) 現行法 結論のみ記せば、職業上の共済に関する現行規定は、離婚事件については不十分なものと認識されている。その理由は、①婚姻の解消のさいには、婚姻継続中に取得していた期待権は、離婚により消滅してしまう、②離婚給付に関する民法一五一条によれば、妻が「離婚により喪失する期待権」は補償されるはずであるが、これを実現するには、夫側に財産の存在することが前提となる。ところが現実には、それを果たせる夫は稀のようである、③右民法による補償請求権が生じるためには、さらに妻が無責、夫が有責であることを要件とする、からである。これら現行規定の不備を補い、離婚妻の生活の安定を実現するためには、規定を改正する以外にない(その余の詳細については、vgl. Bericht 3.4.3.4, S. 56-59)。

## (3) AHVの改正

草案解説によれば、第二次大戦の終結以降、将来の社会保険給付金への期待（権）の意義が著しく高まった。そこで、離婚後の措置についての規定が用意されたのである（vgl. Bericht 3.4.3.4, S.55）。加えて「老齢・疾病保険法」（AHV）が改正される。それによると、離婚した者（ことに妻）の老齢年金の算定において、妻自身の収入を算定基礎とするやり方に代えて、前婚配偶者（通例は前夫）が婚姻の継続中に得た収入も考慮される方向での改正が準備されている（AHV九〇年連邦参事官草案三二条四項）。この改正が実現されると、離婚した妻も、現行法とは異なり、夫の生存中から老齢年金からの給付を受けることができることになる。つまり、改正されれば、受給額と受給時期の面で、離婚妻の地位が改善されることになり、老齢年金の受給請求権の意義が一層高まることになる。この理由から、民法・離婚法の中でも、その分割方法などに関する規定が用意されたのである（一般的文献として、vgl. Koller, T., AHV und Eherecht. ZBlV 121 (1985) S.305-333; Berger, A., Auswirkungen der Ehescheidung auf die Rentenansprüche in der AHV und IV, Mitteilungs des SAV, 57 S.12-19）。

いわゆる年金の分与は比較法的にも他山の石とすべきところが少なくない。たとえばドイツでは詳細な規定が実現されているので、少なくともドイツ法との比較が望ましいのであるが、今回はその余裕がなかった（ドイツ法につき、岩志和一郎『ドイツ家族法』（『世界の家族法』所収）五七―五九頁、鈴木訳『ドイツ家族法』前掲一九六頁以下参照）。

## 5 慰謝料

(1) 人格侵害 離婚それ自体は、民法二八条・債務法四九条の意味での違法な人格侵害ではない。それゆえ、民法五一一条二項は、家族法上の特則である（この点につき、Bericht 3.4.3.5, S.58 Anm.78 引用のStark論文が詳細に論じているようである）。すなわち、無責配偶者にとつて重大な損害が存するときに限り、裁判官は慰謝料として一定金額の給付を命ずることができる。これにつき専門委員会は、具体的離婚原因のいかんにかかわらず、新法においても一方に重大な婚姻義務の違反のある場合に限り、慰謝料請求の可能性を維持する立場をとる。

(2) 草案一二九条 草案規定によれば、一方の婚姻義務の違反により婚姻の破綻を生ぜしめた場合には、他の方法では違反の不当さが償われないかぎり、慰謝料として金銭給付を求める請求権を有する。たとえば、つぎの場合が想定されている。一方が、重病の他方配偶者に、夫婦の補佐義務（二五九条）に違背して遺棄したような場合（「解説」五九頁に挙げられるによる）。

(3) 慰謝料 通常の慰謝料法（債務四九条二項）におけると同様に、裁判官は、金銭に代えてまたはそれと並んで、他の種類の慰謝料を判決できる（草三項）。たとえば、決定、裁判上の非難、一フランの額という名目額の弁済、または一定の物件の引渡などが考えられている。これに反して、判決の公示は問題とならない。

## 6 離婚後の扶養

(1) 現行規定 現行の離婚法のもとでは、一六三条と離婚後の命令を、請求権者の債務がないとの証明に依存させているかぎりでのみ（vgl. Bericht 3.2.4 と 3.3.6）、民法一五一条（無責配偶者にとって人的関係に重大な侵害を導く事情があるときに、裁判官が慰謝料の給付を命じることができる）・一五二条（無責配偶者が離婚により非常な窮乏に陥るときは、扶養料の給付を命じることができる。vgl. Hegnauer, Eherecht § 11 IV 4）の要件を満たす場合に限り、離婚後の扶養請求を考慮しているにすぎない。専門委員会はこれでは不十分とみる。さらに、離婚後の扶養料（給付）の算定にさいし、過失（Verschulden）を原則として考慮しないのが、最近のトレンドである。例外的に重大な過失あるときのみ、扶養料給付の拒絶または減額の可能性が規定される（ドイツと比較する文献として、vgl. Loehr, H. G., Das Unterhaltsrecht geschidener Ehegatten in Deutschland und der Schweiz. Diss. Basel. 1982）。

(2) 草案一二〇条一項 草案規定は、ドイツ法などの採用した最近のトレンドに従うものである。草案の離婚効果も、過失を問題としない立場を採用した離婚原因法と同じように形成されている。規定によれば、通例は妻が相当な扶養を自らなすことを期待することができない場合は、夫をして妻に相当な扶養料を給付すべき義務を課することができる（三項は、例



外的に、扶養料給付の拒否および減額を明記する。現行規定に比べ、離婚後の扶養の範囲が広がっていることが知れる。

右の草案規定は極めて抽象的である。七六年ドイツ離婚法は、六九条―七六条にかけて、たとえば高齢や疾病のゆえなど、いま少し具体的な例が列挙されている（ドイツ法のもとの離婚扶養につき、鈴木訳『ドイツ家族法』前掲一七五―一九六頁参照）。例外的に離婚扶養を肯定し、その要件を離婚後の自活不能に求めるとの点ではドイツ・スイスは共通するが、スイスの予備草案ではその具体例は明らかではない。のちの法案でこのところが具体化されるのが、大いに興味のもたれるところである。

(3) 草案一三〇条二項 本項は、金銭を給付すべきか否か、また給付すべきとすればその金額と期間とを判断するための重要な基準を規定する。すなわち、一号―八号までのことを考慮した総合判断をする。このような基準は、今日の実務のと看それを採用したものであり、すでに親子法（民二八五条）でも採られており、裁判官の義務的裁量事項である。多様な夫婦・親子関係に対応できる基準を定めたものと解されている。ここで裁判官の裁量は、金銭がないなら分割できないとの限りで制限されている。連邦レベルでの判例の集積が期待されているようである。

右の規定をドイツ法と比べると、扶養金額の算定基準は極めて詳細である反面、扶養の程度が明らかでない（ドイツ法では、原則として婚姻中の生活程度が基準。文献によれば、「義務者がその財産状態により、自己の生計を危うくすることなく扶養をなすことができないときには、その給付能力に従った扶養をなせば足りる」ようであり、そのための基準表も公表されているそうである。岩志『ドイツ家族法』前掲五六―五七頁による）。扶養料の減額や扶養請求の拒絶を認める点や、規定上両法に共通する（ス草三項、ド民一五七八条・一五七九条参照）。それ以上の違いを知るには、運用実態に踏み込んだ調査を要しよう。

## 7 扶養年金の分与

年金に関する比較的詳細な規定の新設は、草案の一つの特質である（草一三一条―一三四条）。

- (1) 扶養年金の設定 裁判官は、扶養料として年金を設定し、扶養義務の開始時期を決定できる（草一三一条一項参照）。

年金に代えて一括弁済も可能とされるが（同二項）、草案解説によれば、「特別な事情があるとき」に一括弁済が可能との説明や法文の表現から明らかなように、年金が原則ということになる（草一三一条一項）。特別事情としては、たとえば義務配偶者（夫）に一括弁済を可能とする財産があり、妻が離婚後は外国に居住しようとしている場合などが想定されている。一括弁済により、夫婦の接触を完全に切ることができるといったメリットがあるが、それだけの財力を有する場合は余りないと予想されている（草一三二条二項）。

(2) 裁判官による特別の指示 裁判官が扶養年金を条件にからしめるとき、とくにそれをもって、とくに不安定な判決（判断）の基礎を考慮できるので、このような指示を認めることは、個々の事件の具体的妥当性（正義）に役立つ。

(3) 事後変更の遮断 子供の年金（民二八七条二項）に関しては、契約上決定された扶養分担額は、その変更が後見監督官庁の同意を得て明示的に除外されていないかぎり、これを変更することが可能である。この場合と同様に、離婚した妻のための扶養年金の場合もまた、合意により（草一四六条 契約により確定した年金を全部または一部、事後の変更ができない旨を合意できる（草一三二条二項）。これに反して、裁判官は変更可能性を除外することを、自ら指示することはできない。つまり当事者の合意で変更不可とすることは可能であるが、裁判官がそのように決定することはできない、との趣旨である。

(4) 物価指数の上昇した場合と年金の修正 事情の変更による年金額の変更を規定する。子の養育料に関して事情変更による扶養分担額の増減を認める民法二八六条と同様である。すなわちそこでは、子の必要、父母の給付能力または生活費に変更が生じたときは、裁判官が扶養分担額の増減を命じることができるものとされる（民二八六条一項。著しい事情の変更が生じたときも同様である、同二項参照）。

(a) 物価スライド制 第一案によれば、離婚した妻への扶養料は、裁判官や当事者により別段の決定がなされていないかぎり、年金額の増加のやり方の大枠を決めておこうとするものである（草一三三条）。これにより、つぎのような事情（離婚した妻への扶養量は子供への年金と異なり、事後には原則として（しかし草案一三四条の別案をみよ）、増額されえない。

それゆえ、もう離婚のさいに指数化 (Indexierung) を忘れたときは当該夫婦にとっては、不利になる。そこで、法律による指数化の方法をとるというのである。

(b) 第二案 第二案は、親子法での解決に近く、増額修正の途などを夫婦または離婚裁判官に委ねる趣旨である。

(5) 判決による扶養料の変更

(a) 年金の減額など 事情変更を根拠とする年金の減額・廃止・停止を規定する(草一三四条)。草案解説によれば、草

案の内容は現行法に極めて近い。すなわち、①事情の変更しただいには、変更が債務配偶者であれ、債権配偶者であれ、扶養料は減額または廃止が可能である。②事情の変更は著しく、かつ継続的であることを要する。③給付能力または必要に関する、余り重要でないまたは単なる一時的な低下は、変更の正当事由とはならない。

(b) 法定の背景

①「解説」によれば、今日の実務において、離婚した妻への扶養料が、とくに妻の離婚後の収入獲得活動によりその経済的状况が良くなった場合などに、全体事情を評価することなく、極めて性急に減額されている場合も少なくない。これにブレーキをかける意図があるようである。第二文は、このことを、権利者(妻)の側の事情の好転が影響しない旨を明言したものである。

② 一時的停止 種々の生活関係への適応、および後の事情の変更による、年金支払の一時的停止を定める。たとえば、妻が新しいパートナーと事実婚に入った場合が考えられている。現行の連邦判決では、この場合に年金支払義務の最終的廃止の途しか認めていない(BGE 114 II 295, 107 II 297)。この処理に学説は挙って批判的であった。コンクビナート解消のさいには、事実婚配偶者たる男性に、解消後の扶養義務を課す法的義務を欠いていることを最大の根拠とする。そこで草案は、一時的停止を提案するのである。

(c) 第二案について 白地的に増額可能性を規定する合意には至らず、限定的な要件のもとでのみ増額できる途が第二案として提示された。離婚後の経済的独立(これを強調すると、増額可能性が全面否定される)と、離婚後の妻の経済的苦境の

保護（これを強調しすぎると、一般的増額要求の容認に傾きやすい）との妥協の途を探るものである（簡略には、Bericht 3.4.3. 9, S. 62-63）。

## 8 法律による、扶養料の消滅

(1) 義務の消滅 扶養料支払義務の消滅原因は、いずれか一方の死亡または扶養請求配偶者の再婚などである。とくに前者については、明示的な、扶養料の相続が合意されていないかぎり、消滅する（草一三五条一項）。

(2) 再婚 権利者の再婚の場合も、扶養料支払義務は原則として消滅する。しかし、この原則が無制限に適用されると不当とみる。なぜなら、とくに妻は、婚姻の継続中は家族の利益のために、自己の収入獲得活動を放棄していた。職業上の再組入のために彼女には、経過年金（イーバーガンクス・レント）が与えられていたときは、つぎのことを理解すべき必要はない。なぜなら、新しい配偶者が職業上の再組入の費用を引き受けなければならないからである。この費用（＝負担）は、前婚で選ばれた役割分担の直接の効果であるから、支払義務者もこれにつき共同責任がある。草案では、扶養料についても同様の考慮をするからである。

それゆえ、草案はつぎの規定をする。扶養料を彼のパートナーに全部または一部を継続して支払う義務を、妻が職業上の再組入または子の世話のため扶養料を払うべきときは、裁判官は再婚の時点で、離婚した配偶者に義務を課すことができる（同二項）。もつとも、再婚後六カ月以内の申立、継続支払義務が当該事情からみて相当との事情のあること、とくに支払義務者の、また新家庭の経済的関係をみれば、不当ではないと思われる場合、ということが要件である。

(3) 離婚にさいして合意あるとき 条文には規定がないが、すでに離婚の折に、任意に継続支払の合意がなされているときは、草案解説によれば、この合意の効力が認められるようである。

## 9 扶養義務の執行

離婚後の扶養義務が履行されていないときは、所定の機関が、扶養請求権者たる妻を援助すべき義務があり、場合により、扶養料の立替えをしなければならない（草一三六条）。他方で、債務配偶者との関係では、裁判官による支払命令や担保の提供を命じることができる旨が法定される（草一三七条）。いずれも、新設規定である。

(1) 扶養料取立ての援助（一項） 離婚後に進んで扶養義務を果たす者は、やはりスイスでも少ないようである。そのさいの扱いについては、親子法で新設した二九〇条―二九三条に従うのが良いとの判断である。その内容はずぎのごとくである。

第一に、扶養義務（一二〇条）が履行されないときは、後見官庁（またはカントン法により定められるその他の機関）が、申立に基づいて、扶養請求の執行にさいして、適当な方法で扶養請求権者たる配偶者を援助しなければならない（一二〇条一項）。親子法の場合と違って無償は強制、すなわちつねに無償とは明記されていない。子の扶養料の場合の強制的無償は、「解説」によれば、父（母）に請求する以外に手段がないゆえ、労働の可能性のある妻より、費用の面でも保護を厚くしているのである（Bericht 3.4.3.11, S. 64）。

第二に、上記の執行援助に加えて、立替え制度が盛り込まれた（同二項）。扶養の確実を期するためには、当然必要な制度であろう。立替えにより、扶養請求に関わる権利が、立て替えた市町村に移転するのは、これまた当然の規定であろう（同三項。債務法一一〇条をも参照）。

(2) 債務配偶者への支払命令 同様の規定は婚姻法一七七条にもみられる。「解説」によれば、過去の扶養料のみならず、将来のそれについても給付の命令をすることができるようである（Bericht 3.4.3.11, S. 64）。ちなみに、悪意で離婚後の扶養義務を怠る場合には、刑法二一七条により刑罰の対象になるとの形で強い保護が規定されているのであるが、それ以上に民事上のサンクションも必要との認識から、支払命令の制度が設けられたのである（草一三七条一項参照）。

(3) 担保提供義務 とくに将来の扶養料確保を考慮した規定である。その要件は、扶養義務の著しい懈怠、義務者の闘争準備、財産の隠匿ないし飛散などである（草一三七条二項）。草案の「解説」によれば、担保提供義務は、前述した「支払命令」と同時に課すことも可能である（Bericht 3.4.3.11, S. 65）。

## 10 子供、両親の権利と義務

(1) 枠組み 離婚後の共同親権を新設した三項（後述参照）を別とすれば、一項・二項の規定は、現行法に極めて近い（民一五六条、二九七条三項参照）。この点での枠組みの変更の要なしとの立場に立つわけである。離婚のさいに、子を父母のいずれに割り当てるかについても、比較的最近の連邦判決（BGE 114 II 202 f.）では、母親優先の立場は放棄されている。

(2) 一項・二項の概要 離婚後の一方の単独親権、面接交渉権の設定、必要な場合には成年到達後の扶養料の支払義務の継続（一三八条一項）などの諸項目が明記される。また、親権帰属にさいして、また面接交渉の設定にさいして、子の福祉が最も重視されるべき項目であり、可能であるかぎり、子の意見の聴取すべきことが法定された（同二項）。

(3) 離婚後の共同親権 裁判官と、一定の条件がととのつていれば、離婚後も共同親権を認めることができる（同三項。詳細については、後述11参照）。

(4) 命令の変更と管轄 三二五条 a（新設規定）によると、婚姻法上の手続、裁判官の管轄との欄外注のもとに、つぎの規定を用意する（スイス法固有の問題であるので、内容は「解説」に譲る。vgl. Bericht 3.4.3.12, S. 65-67）。

## 11 離婚した両親の共同親権

(1) 動向 婚姻中は、共同監護・共同親権が原則である（民一五九条二項、二九七条一項）。離婚後は単独親権が原則であって（民一五六条二項、二九七条三項）、共同親権は認められていない（通説・判例，zB BGE 108 II 378 E. 2a. もつと）。

八〇年代後半より、一定の要件のもとでは、これを認めるべしとする有力説が登場している。par exemple Perrin, J. F., Le juge du divorce peut-il instaurer l'autorité parentale? La Semaine judiciaire. 1990, p. 68 et seq.)。

ところが、たとえば、デンマーク、ドイツ、イギリス、フィンランド、フランス、スエーデン、スペイン、などの諸国では、離婚後も一定の要件のもとで、父母の双方に親権が帰属する法制が急増している (vgl. Bericht 3. 4. 3. 13, S. 67 による)。近時、欧米諸国では、その形態に多様なやり方がみられるが、離婚後も父母の共同親権ないし共同監護を認める法制が増加の一途をたどっている (とくにドイツの議論につき、神谷遊「離婚後の父母による子の共同監護——ドイツ法における扱いを中心として」谷口追悼所収、九二年、参照)。スイスもこの動向に従おうとするものである。

ところで、一九七五年の親子法改正審議の折には、離婚後の共同親権の採用は明示的に否定された。ところが、一九八三年には、連邦参事会レベルでも、共同親権導入の是非を論ずべきことが明言されていたのである。この流れからすれば、スイスでの共同親権の導入は当然の流れといえる。問題はどのような要件のもとで認めるかである (各国の法制のもとでの賛否については、Bericht 3. 4. 3. 13. und S. 68 Anm. 89 所掲の文献を参照されたい)。

(2) 内 容 草案でも、子の福祉に合致するなど所定の要件が揃えば、離婚後の共同親権が認められる途が開かれた。共同親権が認められるには、① 子の福祉に合致すること、② 監護権の帰属および扶養料額を確定し、その裁可を裁判官に求めてきたこと、③ 父母の共同の申立に基づくこと、などの要件が満たされれば、裁判官は、離婚後も父母の双方に親権を帰属させることができる (草一三八条三項)。

## 12 父母の権利義務の変更

(1) 事情の変更と権利義務の変更 事情が変わったときは、親権、扶養料、面接交渉の内容、などの変更が認められる (草一三九条)。民法一五七条の再改正である。現行法のもとでは、上記の内容を変更できるのは、原則として裁判官のみである (民一五七条)。しかし、左記の三つの場面で例外が認められる。すなわち——、

① そのほかに、後見官庁も、子を割り当てられて父母の一方の死亡後は親権を他方の父母に委ねることができる（判例もこれを認める。BGE 108 II 375 E. 2b und 2c.）。

② 後見官庁は、つぎのとき、すなわちそれによつて他方配偶者の地位が直接害されることがないとき（民三二五条a三項参照）は、子の保護措置を変更することができる。

③ 子の扶養料が契約により変更されたときは、後見官庁が満足させる必要がある（民二八七条、通説判例）。

(2) 親権などの変更 上記の規則を変更する最大の理由は、①裁判所による変更手続は、困難かつ費用がかかる、②たとえば、一方の親が親権を濫用しないし義務違反のさいは、後見官庁の方が接触が多い、などの点にある。ゆえに、一定の場合で後見官庁の登場する余地を認める途を開こうとするわけである。その結果、つぎの改正が提案される。

① これまでどおり、親権の帰属および扶養料の争訟的変更については、裁判官が関与する。

② 裁判官が子の割当の変更や扶養料の変更について判断しなければならないときには、面接交渉の変更について裁判官が関与する。

③ これに反して、非訟事件において、親権が一方から他方に移転する場合、および訴訟事件における面接交渉権については、これが訴訟的扶養料の変更や親権の帰属の争いにつき同時に判断するのでない場合には、後見官庁が管轄権をもつ。これを要するに、重要性が乏しい領域において、後見官庁の管轄を拡大したことが知れる（要件等の詳細については、vgl. Bericht 3.4.3.14, S. 71-72）。

(3) 婚姻法上の手続における裁判官の管轄 草案三二五条bには、裁判官による命令の変更との欄外テキストのもとに、つぎの規定の新設が予定されている。上記(1)の要請のもとに、管轄を明示する趣旨である。

「① 子の割当および子の保護についての裁判官の命令の変更は、つぎの裁判官が管轄権を有する：

一 離婚手続中、

二 離婚についての規定による離婚判決の変更の手続中、



- 三 離婚についての規定に準じて、婚姻保護手段を変更する手続中、  
 ② その他の場合には、後見官庁が管轄権を有する。」

## 五 離婚の手続

### 1 序

(1) 民事手続規定の制定 民事手続規定の制定権能は、原則として各カントンの管轄にある（憲法六四条三項）。この原則に従って、民事訴訟手続は、各カントンで制定されている。しかし、例外的に、統一的な運用の必要のある場面では、連邦も、民事訴訟手続に関する規則を定めることが許される。離婚手続は、そのような例外の一つである。もともと、草案も離婚手続の全てを連邦法である民法で規定するのではなく、現行民法と同様に、極めて重要な原則についてのみ、民法でその枠組みを定めるとの方法を踏襲する。

(2) 全体の特色 実体法の視点からみれば、① 家庭裁判所の任意的導入、② 仲介者制度の導入、との二点がとくに注目される。

以下では、手続規定であることもあり、簡略に内容を示すにとどめる（vgl. Bericht 3.4.4, S. 72-84）。

### 2 管 轄

(1) 土地管轄など 現行一四四条では、「（離婚訴訟の）管轄は、原告配偶者の住所地の裁判官が管轄権を有する」と規定する。草案一四〇条は、右規定と同様に、通常の管轄権を規定する、それゆえ当該配偶者が法的保護のためにどこに訴えるべきかに答えている。権利繫属（草一四一条）の時点での関係が決定的である。

他方、事物管轄権を有する裁判官は、カントン法で決まる。現行法と異なり、原告の住所地での独占的管轄権ではなく、一般規定で決まる（民二三条―二六条。これにつき判例も参照、BGE I 15 II 120 ff.）。したがって、婚姻法とくに婚姻保護領域（民一八〇条一項参照）での他の管轄規定との一致を、しかし家族法の他の連邦法上の裁判管轄規定（民二五三条、二七九条二項）との一致を生ぜしめるべきである、との認識に立つ。

ところで、裁判管轄規定は、合意離婚（草一一五条以下）のためのみならず、離婚訴訟にも（草一一八条以下）妥当する。さらに、共同の別居請求や別居を求める訴訟（草一二二条二項）のため、離婚判決の変更（草一三四条・一三九条）、および再婚にもかかわらず年金の継続支払を求める訴え（草一三五条）のためにも〔妥当すべし〕。離婚判決の変更は、債務者への指示、担保を求める請求（草一二七条）も提示する。

(2) 具体的裁判所 一四〇条では、夫婦が同時に異なる住所で離婚訴訟を提起したときは、いかなる裁判所が管轄権を有しているかが規定されていない。長年かつ確立した連邦裁判所判決によれば、最初に訴える配偶者の場所で、連邦法上の裁判管轄が存在する。この理は、別居訴訟にも妥当する。共同の請求に基づく離婚または別居の場合には、その問題は無い。夫婦が共同の権利請求を提起しているゆえである。

### 3 訴訟繫属Ⅱ権利拘束

(1) 共同の離婚請求 この場合には、事前の和解手続を経る必要はなく、直接裁判官のもとに出訴することができる（草一四一条一項）。訴訟繫属は、訴えの提起と同時に生じる（同二項）。

権利拘束は、スイス法のもとでも重要な訴訟法上の効力、すなわち裁判籍の固定、別訴提起の禁止、訴え変更の禁止、当事者の訴訟への拘束等々の効力が生じる。規程によれば、その時期は訴えの提起の時に始まる。その結果、たとえば、共同世帯の廃止を求める権利（草一四二条後述参照）、夫婦財産制の解消（法定財産制にあっては民二〇四条二項、別産制にあっては民二三六条一項参照）などの基準ともなる。

(2) 現行の規定 現行の離婚法には、どの時点で権利拘束が生じるのかについて規定を欠いており、むしろカントン法で定めるものが多い。ところが、その規則の内容は多様である (Bericht 3.4.4.3, S. 74 による)。事柄の重要性を考えれば、訴訟繫属の時期を連邦レベルで統一する必要がある。この理由から、規定が新設されたのである。

(3) 訴訟繫属の発生時期 草案の規定によれば、権利拘束の発生については、訴えの提起の時が基準となる (草一四一条二項)。連邦裁判所の判決によれば、原告が最初に彼の求める請求権につき定められる方式に従って適式に裁判官の権利保護を訴求したときに、「訴えの提起」があったものと扱われる。たとえば、和解手続を求めた場合のみならず、なんらかの救済を求めた場合も、「訴えの提起」に含めて解するのが草案の趣旨のようである (vgl. Bericht 3.4.4.3, S. 74)。

#### 4 事前措置

(1) 共同世帯の廃止 (＝別居) 離婚訴訟が提起され、その手続の継続中は、夫婦の同居義務は消滅するので、各配偶者は、共同世帯を廃止する権利を有する (草一四二条一項)。同様の規則は民法一七五条にも規定されている。そこでは共同世帯の解消につき正当事由の存在が必要であった (松倉「新婚姻法 (2)」前掲一九〇頁参照)。これに対して、草案規定に基づく別居には正当事由の存在を要しない。当然に正当事由が存在すると解されるゆえであろう。

(2) 事前の措置 草案二項の事前措置規定は、現行一四二条二項を踏襲するものである。すなわち、共同の離婚請求または離婚訴訟が提起されると、裁判官は、夫婦の一方の申立に基づいて、必要な事前措置、たとえば婚姻同居や家族の扶養、夫婦財産法上の関係、子の監護に関して、必要な処分をなすことができるわけである (このとき、土地管轄は草案一四〇条により、事物管轄はカントン法によることになる)。ドイツ法にも「仮の命令」と呼ばれる似た制度が存在する。内容的にも、スイスの制度に近いものと思われる (鈴木訳「ドイツ家族法」前掲一五五頁参照)。なお、再婚後の扶養料支払義務を継続するさいには、事前措置は許されない (同三項)。その他の詳細は「解説」に譲る (Bericht 3.4.4.4, S. 75-76)。

## 5 離婚訴訟のさいの新たな申立

(1) 新たな事実等の提出 第二審裁判所である上級カントン裁判所でも、新しい事実と証拠を提出することができる(草一四三条一項)。なお、共同の請求による離婚請求のさいには、裁判官による裁可があるまで、当事者が合意を変更する自由を有するので、本稿のようなことは問題とならない(vgl. Bericht 3.4.4.5, S. 76)。それはともかく、カントンの民事訴訟上は、二審での新たな証拠などの提出については厳格な立場がとられているようである。草案の規定は、統一的運用の必要上、これを一部修正するものである。一部修正に留めることにより、訴訟遅延の危険を配慮していると解説されている(vgl. Bericht 3.4.4.5, S. 77)。内容の詳細は「解説」にゆずる。

(2) 別居訴訟への振り替え 離婚訴訟は、いつでもこれを別居訴訟に変更することが可能である(同二項)。このような訴えの変更は連邦レベルでも許されるところとする連邦裁判所判決の理論を採用したものである。

## 6 事態の探究

証人欠格を除けば、現行の規則を殆どそのまま踏襲している(民一五八条I—IV参照)。もっとも、共同の申立による離婚には、草案本条の適用はない。

(1) 自由心証主義 草案規定も当然のことを明言したまでである(草一四四条一項参照)。

(2) 証拠の採用 職権探知が働くこの領域においても、とくに一一八条(長期別居離婚)・一一九条(破綻離婚)の場合でも、離婚を根拠づける事実の存在を確信した場合にのみ、離婚理由が証明されたものと扱われることになる(同二項参照)。

(3) 証人欠格など 規定によれば、婚姻相談所、家族相談所、離婚事件の仲裁者や補助者は、これらの者が訴訟当事者のために活動するときは、離婚事件での証人や情報の提供者とはなることができない(同三項参照)。これらの者が証言拒絶

権を有するとの趣旨ではなく、証人欠格の意味である (vgl. Bericht 3.4.4.6, S. 78)。

## 7 扶養料の確定

合意または判決により扶養料が確定したときは、所定の事項、すなわち扶養料を算出するのに基準とした各配偶者の収入と財産、夫婦および子についての扶養料を、判決に明記する必要がある (草一四五条参照)。扶養料の変更のさい、扶養料の妥当性の判断のさい、つねにこれら数値を必要とする。規定は極めて当然のことと思われる。もつとも、草案解説では、夫婦の一方がこれらにつき他方をだましていた場合に、規定の利点があるとする (vgl. Bericht 3.4.4.7, S. 78)。

## 8 合意の確保

草案のもとでは、共同申請に基づく離婚が認められるなど、夫婦の合意 (= 協議) を優先させる。この合意の存在と内容を明確にすることは、これまた当然の帰結といえよう (詳細は「解説」にゆずる。vgl. Bericht 3.4.4.8, S. 79)。

(1) 合意の効力 離婚の効果についての合意は、これが法的な効力を有するためには、裁判官による裁可を必要とし、しかも合意の内容を判決の中に明記する必要がある (草一四六条一項)。

(2) 裁判官の裁可の言渡し 裁判官が合意の裁可を言い渡すには、①合意が夫婦の自由意思に基づくこと、②夫婦が熟慮ののちに合意をしたこと、③合意が明確、完全、不当でないこと、などの要件を満たすことを必要とする (同二項)。

## 9 子供の問題を規制するための手続規定

子に関する規律の判断にさいする実体法上の基準は、草案一三八条—一三九条前述に規定される。草案一四七条と一四八条とに定めるのは事態を調査する訴訟法上の規定である (詳細は「解説」にゆずる。vgl. Bericht 3.4.4.9-10, S. 80-81)。

(1) 職権調査 裁判官は、子について命令をなすべきときは、父母双方の意見を聴取し、事実を職権で調査すること

ができる。必要な場合には、専門家の協力を得ることもできる(草一四七条一項)。ドイツ法でも、弁論主義が排斥され、いわゆる審問主義(Untersuchungsgrundsatz)がとられており、それによれば、裁判所は職権により証拠の採用を命じ、かつ夫婦の審問したのちには夫婦の提出しない事実をも考慮することができるとされる(鈴木訳『ドイツ家族法』前掲一五四頁による)。スイスの草案規定は新設規定であり、「解説」でもこの点の詳しい説明がみられない。それゆえ、たとえばドイツ法との違いなどは、のちの「解説」(連邦議会に提出する法案についての「解説」との体裁をとる)を待たねばならない。

(2) 子自身の意見の聴取 所定の場合、すなわち第三者を通じて意見の聴取をすることが、子の年齢その他の重大な事情からできないときは、適当な方法で子自身の意見を聴取することになる(同二項)。

(3) 青少年援助機関の協力 第一に、離婚の効果を決定するにさいして、裁判官は、後見官庁(ないしカントン法に定める青少年保護機関)の協力を要請することができる(草一四八条一項)。

第二に、事実関係の解明等を右の機関に委ねることができる(同二項)。

第三に、連邦参事会は、右の協力などにつき、その実施細則を制定することができる(同三項)。

(4) 各カントンの義務 各カントンは、夫婦が離婚とその効果について理解できるようにするために、彼らを助ける仲裁者のもとに赴くことができるように配慮すべき義務がある(草一五一条)。

## 10 上 訴

上訴に関する草案一四九条・一五〇条の規定も、わが法からみれば、訴訟法的色彩の強い規定であるので、内容には立ち入らない(詳細は Bericht にゆずる。vgl. Bericht 3.4.4.11-12, S. 81-83)。

## 11 家庭裁判所などの新設

離婚にさいし協力する機関として、草案はこれらを助ける助言者と家庭裁判所の新設を提唱する。

(1) 当事者を助ける助言者 この制度は、草案解説によれば (vgl. Bericht 3.4.4.13, S.83) 一九七〇年にアメリカ合衆国に始まり、諸外国に広がりつつある制度であり (オーストラリア、イギリス、カナダ、ニュージーランドなどで採用された)、目下この制度の採用を準備している諸国も少なくない (たとえば、ベルギー、ドイツ、フランス、イタリアなど)。すでに、スイスのカントンでも、これを取り入れている例がみられる (たとえば、都市バーゼル、フライブルク、ジュネーブ、ノイエンプルク、ツューリヒなど)。

ここで予定される仲介者ないし助言者というのは、民法一七一条にいう婚姻・家族相談所というのではなく、「夫婦が離婚とその効果について理解できるようにするため、夫婦を助ける仲介者」である (草一五一条参照)。草案は、このような仲介者を、カントンの責任で設置すべき旨を提案する。この意味での仲介者の主な任務は、離婚の効果についての夫婦の合意の形成、子の問題についての適切な解答の探究にさいする共同である (詳細については、vgl. Bericht 3.4.4.13, S.83-84)。

(2) 家庭裁判所 草案規定によれば、各カントンは離婚訴訟の実施および他の家族法上の手続を、家庭裁判所に委ねることができる (草一五二条)。家庭裁判所の訴訟は、包括的な法的な特別知識と並んで、つねに心理学的能力と裁判官の経験が必要とする。右の訴訟は、多くの点で、他の訴訟とは異なっていた。なぜなら、争いある債権のみが重要なのではなく、諸関係の法的形成も重要であるから。

各論的にいえば、離婚訴訟では、とくに子供の割当と子供との面接交渉の規則が、とくに重要である。さらに、共同請求に基づく離婚の導入により、通常の訴訟との違いがさらに強くなる。その結果、家庭裁判所ないし特別な専門知識をもつ裁判所が検討の対象となった (vgl. Bericht 3.4.4.13, S.83-84)。

ところで、草案の規定は、カントンにとくに家庭裁判所をつくる義務を課したのではなく、相応な推薦にとどめている。そのような義務を課せば、小さいカントンでは負担になることを考慮した結果である。

## 12 特色と若干の参考点

(1) 離婚法全体での基本理念 草案解説では、改正の柱となる項目（これについては前述

2(2)参照）についての言及はみられるが、草案の基本理念と位置づけることができる記述は

みられない。わずかに、草案の指導項目と銘打つ項目を示せば、①法律の限界の遵守、

②裁判離婚制度の維持、③有責性を問わない離婚法の促進、④合意離婚制度の導入、

⑤子の利益の尊重、⑥離婚の経済的效果の規制、などである。

以下では、本稿のむすびに代えて、若干の特色を指摘しておく。

(2) 離婚原因法 この面では、スイス離婚法は有責主義の色彩の強い立法であった。

その例証は、とくに有責配偶者からの離婚請求を認めないとの明文規定に表れており、その

ほかにも、有責者の待婚期間の長さへも影響する、有責性の度合いが離婚の財産的效果に影響する、などの点にも表れている。

もつとも、有責規制の相対化、すなわち有責性のより大きい配偶者からの離婚を認めない、無責配偶者が同意すれば離婚判決が可能、無意味な離婚の拒絶には権利濫用法理を適用

する、などの形で有責性が相対化されてきている。この点では、わが判例の流れに近いとい

える。

最後に、離婚法改正の一つの理由には、①増大する離婚に対応できる立法との理念が込

められており (vgl. Bericht 3.2.1, S. 27 f. そのほかに、離婚原因についての数値は、vgl. Be-

richt 3.2.2, S. 28 f.) ②合意離婚がスイス全土でも八割を超えているとの現実への対応を迫

られていることによる。ここではその詳細には入らず、統計数値を表示するにとどめる(数

離婚数等の変遷

(単位：4項目とも、件)

年 代 項 目	1930 年	1940	1950	1960	1970	1975	1980	1985	1991
離 婚 数	2,723	3,093	4,241	4,656	6,405	8,917	10,910	11,415	13,627
人口 1,000 人 につき	0.7	0.7	0.9	0.9	1.0	1.4	1.7	1.8	2.0
(裁判)別居数	169	152	190	176	276	430	654	678	494
婚姻無効数	15	26	60	13	11	8	4	21	17

Q: Statistisches Jahrbuch der Schweiz の93年版と81年版をもとに、筆者が作成。



値はいずれも、スイスに居住する外国籍の者の数も含んでいる。先進国のいずれもがそうであろうが、七〇年代以降に離婚数が急増していることが知れるであろう。

### (3) 離婚の効果 項目が多岐にわたるので、若干の項目を拾いだすにとどめる。

(a) 夫婦財産制 第一に、離婚による夫婦財産法上の清算については、夫婦財産契約をしていない通例の夫婦にあつては、所得参与制の清算手続に従つて清算がなされる（簡略には、松倉「新婚姻法(2)」前掲一九七一—一九八頁参照）。主婦婚の女性にも有利な制度である。法的観点からみれば、婚姻における共同的要素が強化された立法と評価できる。共同性をどの程度とりいれるかが、今後のわが国での課題である。その観点からみれば、スイス法は一つの検討材料を提供しているものと評価できるであろう。それはともかく、清算につき極めて簡単に示せば、つぎのごとくである（なお、事実婚にさいする清算については、松倉耕作「スイスの事実婚」『事実婚の比較法的研究』所収、一九八六年、Bietenhard-Künzle, S., Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung des Konkubnats, Diss. Basel, 1986; Marty-Schmid, H., La situation patrimoniale des concubins la fin de l'union libre, thèse Lausanne 1986. 最後の文献では、スイス、フランス、ドイツの比較がなされている）。

① 各自の固有財産を分離し、互いの固有財産の増加を意味する「剰余」の二分の一を価額分割する（これは法定参与の場合の分割方法であり、事前に契約参与が合意されているときはそれに従う）。

② 死亡解消の場合にあつても、ドイツで採られている相続権的解決はとらない。ドイツは清算の簡便性との実をとつたが、スイスは理をとおし、つねに夫婦財産法上の清算を行う途を選んだのである。

③ 一律に二分の一ずつの法定参与を行うと、現実の夫婦にとつては不当と思われる場合もありうる。そのさいには、ドイツやフランスのように苛酷条項を適用する法制もみられるが、スイスはそのような制度をとらない。右の意味での苛酷条項を採用すれば、とくに離婚手続において、法的安定性を害し、新たな争いの種となり実務の負担を増す、などの判断から、自覚的に右制度の採用が見送られたのである。

第二に、年金面での優遇も、ことに離婚後の妻の保護に役立つ。同様の制度をわが国でも早急に検討すべきであろう。

(b) 離婚扶養 離婚後の扶養についても、立法として貴重な先例となる。いまだ予備草案であることもあり、扶養金額の算定基準のように、ドイツ法よりも詳細な面もあるが、余り内容の明らかでない部分も少なくない。裁判官による法創造を前提に、規定の抽象性はスイス民法の一つの特色でもある。ドイツ法との比較は今後の筆者の課題として留保しておくが、現時点でも、扶養年金の制度化、物価等をスライドさせる年金修正制度の導入、再婚等にさいする扶養料の消滅、離婚扶養義務を怠ったさいの国家の積極的関与など、参考となる部分が少なくない。とくに、原則として過失（婚姻過誤）を問わないとの立場は、世界のトレンドを形成するであろう。例外的に、妻の自立の期待可能性のない場面での扶養義務の発生との考慮も、立法上の参考となる。一括弁済と年金払いとの方法も、極めて穏当といえるであろう。

(c) 寄与分の清算 寄与分の清算は、相続以外の場面でも行われる。清算制度は今回の離婚法改正前に認められている制度であるが、制度の全貌を知る意味では、寄与分制度も重要であるので、これが離婚のさいにも問題となることのみ触れておく（配偶者の寄与については、松倉「新婚姻法(2)」前掲一九九―二〇〇頁参照）。

(4) 子との関係 第一に、離婚後の共同親権との制度は、一定の要件が要求されるが、各国で採用されているので、新しい立法例の一つとして参考に値する。今後の議論は、共同親権を認める要件論へと、世界の関心が移っていくであろう。

第二に、事情変更を理由とする父母の権利義務の変更（たとえば、親権、扶養料、面接交渉の内容など）が明文で認められた。結論のみ評価すれば、極めて当然の規定と思われる。

面接交渉を例に、一般的に表現すれば、子の福祉にとって好ましくない事情、たとえば面接を要求する父が子に関心を示さないなどのように、子の福祉の観点から好ましくない事情が生ずれば、いったん決定した内容が修正されるのは、当然のことである。わが判例も、すでにその方向にあるとみてよいであろう（松倉耕作「面接交渉を全面的に否定できるか」判例タイムズ五五一号二七七頁）。

(5) 離婚の手続 第一に、家庭裁判所の任意的導入に興味がもたれる。どのような家庭裁判所になるのかは、殆ど明ら

かでないが、比較法制として貴重な一例となるであろう。個人的には、ドイツの家庭裁判所制度との比較に関心を懷いている。

第二に、事前措置との制度は、すでに現行法のもとでも認められる制度である。わが法との異同は、子細に検討してみないと評論できないが、別居との場面で規定を設けたことは、参考となるう。

第三に、仲介者の制度は、注目すべきであろう。だが仲介者になるのか、運用はどのようなになされるのか、などの内容によって、この制度の評価が変わることはいうまでもない。わが国でも、家裁の網にかかった場合には、家事相談などを通じて同様の機能を期待できなくもないが、より日常的な相談者の制度を設ける必要があるであろう。この視点からみて、個人的にも、仲介者制度の行方を注目したいと考えている。

最後に、スイス法の位置づけや特色を理解するには、わが国ではドイツ法との比較をするのが一つの方法である。本稿でも、ときおりドイツ法への言及をしているが、やや詳しい比較は、スイスでの離婚法案が出された折に行いたい。その理由は、①草案の内容自体がまだ明らかでない部分が少なくない、②筆者自身にその余裕がない、などのゆえである。

(6) その他の改正 離婚法の改正を契機に、民法の他の領域のほかにも、関連する諸規定の改正が予定されている。その一つに、婚姻仲介に関する規定が、債務法の中に新設規定として盛り込まれることが興味深い（解説につき、vgl. Bericht S. 104 ff.）。ここでは、単純委任の規定を基礎として、婚姻仲介の概念と適用規定、形式と内容、撤回と告知、情報提供とデータの保存、などに関して六カ条の規定が新設される。民法以外の改正の中では最も注目されるが、離婚に直接関わる改正規定でないので、右のような改正が予定されることのみ明記するにとどめる。

## 六 参考条文

- (1) 松倉「予備草案」前掲では、予備草案の仮訳をつけてある。しかし、掲載誌が異なることもあって、本稿に直接関わ

る部分のみ、以下に示しておく。

## (2) 条文訳凡例

- ① 条文の正文は、予備草案を掲載する前述《Begleitbericht》に拠った。主に、ドイツ語版を定本にし、折にふれてフランス語版を参照した。
- ② 条数の下の（ ）内に訳出した部分は、わが民法のもとの「条文の見出し」に似ているが、これは「欄外テキスト」と呼ばれ、条文の一部である。原文では文字どおり欄外に印刷されている。本稿では、印刷の都合上、条文の下に（ ）内にいれて訳出した。
- ③ 訳文中に斜線（／）がしばしば登場する。この部分は、原文ではゼミコロンである。本稿のような縦書きの場合に、この部分を句点で示すと、「第何条何文」と表現するさいに原文と合わなくなる。これを避けるために、日本語の表記法にはないが、敢えて斜線で表す方法をとった。もっとも、訳文中のコロンの部分は、原文でもコロンである。
- ④ 条数の下部の、〔 〕内に、たとえば、〔現、一四三〕のように示した数値は、現行民法の条項を意味する。

## 条 文 訳

### 第四節 離婚および別居

第一款… 離婚の要件〔二二一条—二二〇条は省略——松倉・前掲民商を参照されたい〕

#### 第二款… 別 居

##### 第二二一条（A 要件と手続）

- ① 夫婦は、共同してまたは別個に、別居を請求することができる。
- ② 別居〔判決〕は、離婚の場合と同じ要件と同じ手続のもとで、宣告する。

〔現、一四三、一四六①・②、一四八③〕

- ③ 離婚を請求する権利は、別居判決により影響されない。

第二二条 (B 効 果)

〔現、一五五〕

- ① 別居と同時に、法律により〔夫婦間で〕別産制が生ずる。

- ② 前項のほかに、夫婦共同体の保護措置に関する規定を準用する。

- ③ 別居は、夫婦共同生活が回復するまで、または婚姻が解消するまで継続する。

第三款 離婚の効果

第二三条 (A 離婚した配偶者の地位)

〔現、一五五〕

① 〔婚姻にさいして〕氏を変更した配偶者は、〔離婚〕判決が確定したのち六カ月以内に、身分登録官に対して、生来の氏または婚姻前に称していた氏を再び称する旨の意思表示をしないかぎり、婚姻のさいに取得した家族名を維持する。

- ② カントンの市民権および市町村の市民権は、離婚によっても影響されない。

第二四条 (B 夫婦財産制および相続権)

〔現、一五四〕

- ① 夫婦財産法上の清算は、夫婦財産法の定めに従って行う。

- ② 離婚した夫婦はなんら法定相続権を有せず、離婚の前に作成した死因処分からはいかなる請求権も生じない。

第二五条 (C 家族の住居)

〔新設規定〕

① 夫婦の一方が、子のためにまたは他の重大な事由から、家族の住居に居住する必要があるときは、裁判官は、そうすることが他方配偶者に公平に期待できるときは、賃貸借契約に基づく権利と義務を、〔必要とする〕配偶者に委ねることができる／他方配偶者は、賃貸借契約が契約または法律により終了し、または消滅する（その期間は最大二年間とする）時点まで、賃料につき連帯して責任を負う。

- ② 家族の住居が夫婦の一方に属するときは、裁判官は、〔前項と〕同じ要件のもとに、かつ相当な補償と引換えに、他

方配偶者に期限付きの居住権を付与することができる／新たに重大な事実が生じたときは、この居住権を制限または解除することができる。

第二二六条（D） 職業上の共済 I 保障事件の発生前 1 脱退給付の分割）〔新設規定〕

① 夫婦の一方または夫婦の双方が職業上の共済に属し、夫婦のいずれにも保障が生じないときは、各配偶者は、老齢・遺族・疾病のための職業上の共済における自由移行に関する連邦法に基づき、婚姻継続中に他方に発生すべき給付の半分を請求する権利を有する。

② 裁判官は、判決で適用した規則を、夫婦の〔属する〕共済組合に職権で報告する。

第二二七条（2） 放棄と排除）〔新設規定〕

① 夫婦の一方は、自己の老齢・疾病保険の共済が他の方法で保障されているときは、〔離婚効果の〕合意において、その請求権の全部または一部を放棄することができる。

② 裁判官は、〔夫婦の〕分割〔の合意〕が明らかに不当であるときは、分割の全部または一部を排除することができる。

第二二八条（II） 保障事件の発生後）〔新設規定〕

① 夫婦の一方または双方に、保障事件がすでに発生していたときは、脱退給付の分割に代えて相当な補償が付与されなければならない。

② 裁判官は、事情が許すならば、債務者をして、補償をすべき義務を負わせることができる。

第二二九条（E） 慰謝料）〔現、一五一②〕

① 夫婦の一方が夫婦の義務に違背することにより婚姻の破綻を生ぜしめたときは、他方配偶者は、彼に対して加えられた不当さの重大さからみてそれが正当であり、他の方法では右の不当さが償われないかぎり、慰謝料として金銭の給付を求める請求権を有する。

② 前項の給付に代えてまたはそれと並んで、裁判官は、他の種類の慰謝料を認めることができる。

第三〇条 (F) 離婚後の扶養義務 I 要件

(現、一五二)

① 夫婦の一方が適当な扶養を自らなすことを期待することができないときは、相当な扶養料を一方に給付すべき義務を、その配偶者に課することができる。

② 金額を給付すべきかどうか、および場合によりいかなる金額でどれだけ長くするかの判断のためには、とくに左の事柄を考慮しなければならない。

一 婚姻中の役割の分担／

二 婚姻の継続〔期間〕／

三 婚姻中の夫婦の〔生活〕状況／

四 夫婦の、年齢と健康状態／

五 夫婦の、収入と財産／

六 今後、子のために必要な世話の範囲と期間／

七 職業教育と夫婦の収入の見込みと扶養料請求権者が就業するための推定上の費用／

八 連邦老齢・遺族保険からの、および職業上の共済や脱退給付の分割の結果に対する期待権。

③ 金額は、それが明らかに不当であるときは、拒否または減額することができる。

第三一条 (II) 扶養料の種類

〔新設規定〕

① 裁判官は、扶養料として年金を設定し、扶養料〔支払の〕始期を決定することができる。

② 特別な事情があるときは、年金に代えて一括弁済金を設定することができる。

第三二条 (III) 金 1 特別の指示

〔新設規定〕

① 裁判官は、扶養料〔支払〕義務に条件を付することができる。

② 夫婦は、契約により定めた年金の支払につき、その変更ができない旨を、または一部しか変更できない旨を、合意す

ることができる。

第一三三条（2）〔物価指数が〕上昇した場合への適合

〔新設規定〕

裁判官により確定されていないかぎり、また当事者〔夫婦〕により他の合意がなされていないかぎり、年金は、法律により、離婚判決の確定したときの州の消費者物価指数を基準として、前年の一月のカントンの指数に基づいて、つねに一月に、適応させるものとする。

〔別案… 2 〔物価指数が〕上昇した場合への適合

裁判官は、判決において、または事情がそれを正当とするときは事後に、生活費が変更した場合には直ちに年金を増減する旨を指示することができる。〕

第一三四条（3）判決による変更

〔新設規定〕

事情が著しくかつ継続して変更したときは、年金を減額、廃止、または一時的に停止させることができる／その場合でも、離婚判決で適当な扶養を支弁する年金〔額〕が確定されていないかぎり、権利者側の事情の好転を考慮する必要はない。

〔別案… 一三四条に二項を追加する旨の別案

② 権利者は、左の場合には、離婚後三年以内に年金の継続を、または増額を請求することができる…

一 判決において、相当な扶養を支弁するのに充分な年金〔額〕が確定できなかったが、義務者の経済状態が相応に改善された場合／

二 離婚の時点で〔なら〕相応な額を求める請求権を与え得たであろうし、かつそれを義務者に期待することが公平であった場合において、権利者が、予見できない事情のため、相応な扶養をもらはざ支弁できないとき。〕

第一三五条（4）法律による消滅

〔現、一五三①〕

① 扶養料〔支払〕義務は、権利者または義務者の死亡とともに消滅する。

② 権利者が再婚したときも、扶養料の義務は消滅する／権利者は、六カ月以内に裁判官のもとに、再就職または子の



世話のため、それが不当と思われないうかがり、扶養料の全部または一部を、継続して支払うべき旨の決定がなされるように申し立てることができる。

第三六条(IV)〔強制〕執行 1 扶養料取立の援助と立替え

〔新設規定〕

① 扶養義務が満たされないときは、後見官庁またはその他のカントン法により定められた機関は、申立に基づいて、扶養料請求の〔強制〕執行のさいに、適当な方法で、かつ通例は無償で、権利者を援助しなければならない。

② 義務者が支払義務を果たさないときは、公法で立替金の支払を定めることができる。

③ 市町村が扶養のために権利者に代わり立て替えた範囲で、扶養請求権は全ての年金とともに、市町村に移転する。

第三七条(2) 債務者への命令と担保提供

〔新設規定〕

① 義務者が扶養義務の履行を怠るときは、裁判官は、支払の全部または一部を権利者に給付すべき旨を、債務者に命じることができる。

② 義務者が扶養義務の履行を著しく怠るとき、または義務者が逃走を準備している、またはその財産を隠匿ないし飛散させると認めうるときは、裁判官は、義務者をして、将来の扶養料の相当する担保を給付すべき義務を課することができる。

第三八条(G) 子 供 I 両親の権利と義務

〔現、一五六〕

① 裁判官は、父母の一方に親権を与え、親子関係の効力に関する規定に従って、面接交渉権を定め、そして成年〔到達〕後も必要限りで、他方の父母に扶養料を〔支払うべき義務を〕課することができる。

② 親権の帰属や面接交渉の決定にさいしては、子の福祉のために重要な全ての事情が標準となる／両親の共同の申立に基づいて、かつ可能であるかぎり、子の意見を考慮しなければならない。

③ そうすることが子の福祉に合致し、かついづれに監護権を帰属させ、いくらの扶養料を他方に支払うかを確定した旨の合意の裁可を父母が裁判官に求めてきたときは、共同の申立に基づいて、裁判官は、父母の双方に親権を共同行使させる〔ことができる〕。

### 第三九条（Ⅱ 事情の変更）

〔現、一五七〕

① 父母の一方、子、または後見官庁の請求に基づいて、重要な事情の変更により子の福祉のために必要であるときは、新たに親権の帰属を定めることができる／父母の意見が一致しないときは裁判官が、しからざる場合には後見官庁が、管轄権を有する。

② 扶養料の変更は、父母の扶養義務についての規定に従って決定する。

③ 裁判官が親権または扶養料の変更について、認めなければならないときは、裁判官は、必要な場合は、面接交渉（規則）を新たに定めることができる／他の場合には、後見官庁が（右の決定につき）管轄権を有する。

### 第四款 離婚の手続

#### 第一四〇条（A 管 轄）

〔現、一四四〕

離婚および離婚判決の変更のために、一方の住所地の裁判官が管轄権を有する。

#### 第一四一条（B 訴訟の繫属）

〔新設規定〕

① 共同の離婚請求は、事前の和解手続を経ることなくして、直接裁判官のもとに出訴することができる。

② 離婚を求める夫婦の一方の訴訟の繫属は、訴えの提起と同時に生じる。

#### 第一四二条（C 事前の措置）

〔現、一四五〕

① 各配偶者は、訴訟繫属の生じた後は、共同世帯を廃止することができる。

② 裁判官は、離婚の効果に関する手続が婚姻解消後に継続するときでも、申立に基づいて必要な事前措置を取ることができる／夫婦共同体の保護措置に関する規定を適用する。

③ 再婚後の扶養料支払義務を継続する手続のさいには、事前措置は許されない。

#### 第一四三条（D 訴訟のさいの新たな申立）

〔新設規定〕

① 上級カントン裁判所では、新たな事実と証拠を提出することができる／新たな申立は、それが新たな事実または証拠に基づくときに限り、許される。

② 離婚訴訟は、いつでも〔これを〕別居訴訟に振り替えることができる。

#### 第一四四条 (E) 事実の探究

〔現、一五八一―IV 4号〕

① 裁判官は、自由な確信に従って証拠を評価する。

② 裁判官は、離婚を求める訴えを根拠づけるのに役立つ事実を、裁判官がその事実の存在を確信したときにのみ、証明されたものと認めることができる。

③ 婚姻相談所または家族相談所、および離婚事件の仲裁者およびその補助者は、証人または情報提供者となるべきでない。

#### 第一四五条 (F) 扶養料

〔新設規定〕

合意または判決により扶養料が確定したときは、〔左記の事項を判決に〕表示しなければならない。

一 〔扶養料〕算出の基礎とした、各配偶者の収入と財産／

二 夫婦について、および子について、決定された扶養料。

#### 第一四六条 (G) 合意

〔現、一五八V〕

① 離婚の効果についての合意は、それが法的効力をもつためには、裁判官の裁可を必要とし、判決の中に明記することを要する。

② 裁判官は、夫婦が自由意思により、かつ熟慮ののちに合意を締結したこと、および合意が明確、完全、かつ明らかに不当でないということを、裁判官が確信したときは、〔合意の〕裁可を言い渡す。

#### 第一四七条 (H) 子 供 通 則

〔新設規定〕

① 裁判官は、子についての命令をなすときは、両親自身の意見を聴取し、職権で基準となる事実を調査する／必

要な場合には、専門家を召喚しなければならない。

② 裁判官は、第三者を通じて意見の聴取を行うことまたは一般に中止することが、子の年齢その他の重大な事情からできないときは、適当な方法で子自身の意見をも聴取する。

#### 第一四八条(II) 青少年援助〔機関〕の協力

〔新設規定〕

① 裁判官は、子のための離婚の効果の決定にとり重要でありうる事実が知れているかどうかを、後見官庁またはカウンセラに定める青少年保護機関に照会するものとする。

② 裁判官は、必要な場合には、事実関係の解明と報告とを、前項の機関に委ねることができる／そのさい、両親間での意見の一致を導くことができるかどうかを吟味する。

③ 連邦参事会は、実施細則を定め、とくにデータの調査、文書の調査、情報提供者の保護についても規定する。

#### 第一四九条(J) 上訴 I 通則

〔新設規定〕

① 上訴の取下げは、申立の範囲内でのみ、確定力の発生を阻止することができる／しかし、夫婦のための扶養料が取り消されたときは、このための扶養料も新たに決定することができる。

② 離婚の財産面での効果についての法的効力をもって裁可された合意に対しては、意思の瑕疵による異議申立が認められる許される。

#### 第一五〇条(II) 夫婦双方の要求に基づく離婚の場合

〔新設規定〕

① 夫婦双方の要求に基づく離婚判決は、意思の瑕疵または共同の請求に基づく離婚についての連邦法上の手続規定に対する違背があるときのみ、離婚の宣告に対する通常の上訴の対象となる。

② 各配偶者は、他方配偶者が合意によって定めた効果に対して異議申立をしたとの理由のみでは、離婚宣告の取消を請求することはできない。

#### 第一百五一条(K) カントン法 I 離婚事件における仲裁者

〔新設規定〕

各カントンは、夫婦が離婚とその効果について理解できるようにするため、彼らを助ける仲裁者のもとに赴くことができるように配慮するものとする。

第一百五二条（II 家庭裁判所）

〔新設規定〕

各カントンは離婚訴訟の実施および他の家族法上の手続を、家庭裁判所に委ねることができる。

〔現行〕第一百五三条―一五八条〔全文廃止〕

〔以上〕